Der Konkursverwalter und § 817 BGB.

(unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Ergebnisse).

Abhandlung

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

Frieda Schmieder.

BONN 1937

Gedruckt bei Hch. Ludwig in Bonn.

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. DÖLLE und Dr. KIPP.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Für das ausländische Recht wurde die Bibliothek des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches u. internationales Privatrecht in Berlin benutzt.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546422_0010

Herrn Universitätsprofessor Dr. Dölle
in Dankbarkeit gewidmet.

INHALTSÜBERSICHT.

Seite

Einleitung.

Der Meinungsstreit über die Auswirkung des § 817 BGB. im Konkursverfahren und seine praktische Bedeutung . . . . 1—4

Erörterung des Problems.

I. Die Rechtsstellung des Konkursverwalters . . . . . 5—70
1. Der Zweck des Konkursverfahrens . . . . . 5—6
2. Das System der „staatlich überwachten Selbstverwaltung“ 6—9
3. Die geringe Bedeutung der Geschichte des Konkursrechts für die Lösung der Frage . . . . . 9—10
4. Ernennung und Tätigkeit des Konkursverwalters . . . 11—12
5. Ablehnung der „Vertretertheorien“ . . . . . 12—30
a) Der Konkursverwalter als Vertreter der Masse . . . 12—13
b) Der Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgläubiger 14—24
c) Der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners 24—29
6. Stellungnahme zur „Amtstheorie“ unter grundsätzlicher Billigung, aber unter Ablehnung des Verwalterhandelns im „eigenen“ Namen . . . . . 30—43
a) Der Standpunkt der Amtstheorie . . . . . 30—31
b) Der Konkursverwalter als Träger eines formellrechtlichen Amtes . . . . . 32—35
c) Der Konkursverwalter als weder im eigenen noch im fremden Namen handelndes Rechtspflegeorgan . . . 35—43
7. Ergebnisse der Rechtsvergleichung . . . . . 43—70
a) Die Konkursverwaltung des englischen Rechts . . . 43—50
b) Die Konkursverwaltung in Rechten des romanischen Rechtskreises (Frankreich und Spanien) . . . . . 51—60
c) Die Konkursverwaltung in Rechten des deutschen Rechtskreises (Österreich und Schweiz) . . . . . 61—70

II. Die ungerechtfertigte Bereicherung bei gesetzwidrigem oder unsittlichem Rechtsgrund, insbesondere die Rechtsnatur des § 817 BGB. . . . . 70—93
1. Die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung . . 70—73
2. § 817 BGB. als Sonderfall des allgemeinen Bereicherungsrechts . . . . . 74—80

Seite

3. Der Inhalt des § 817 BGB. in objektiver und subjektiver Beziehung . . . . . 80—84

4. Ausblick in andere Rechte . . . . . 85—93

a) Die Stellungnahme des englischen Rechts . . . . 85—86

b) Die Stellungnahme des französischen und des spanischen Rechts . . . . . 86—89

c) Die Stellungnahme des österreichischen und des schweizerischen Rechts . . . . . 89—93

III. Die Ergebnisse für das Problem, d. h. die Auswirkung des Konkurses auf die Fälle des § 817 Satz 1 und 2 BGB. . . 93—97

Schluß.

§ 817 BGB. als änderungsbedürftige Vorschrift . . . . . 97—99

EINLEITUNG.

Der Meinungsstreit über die Auswirkung des § 817 BGB. im Konkursverfahren und seine praktische Bedeutung.

Der Meinungsstreit über die Rechtsstellung des Konkursverwalters, die im Gesetze selbst absichtlich nicht geregelt wurde [1]), hat früher anläßlich von Prozessen des Verwalters hauptsächlich prozessuale Fragen, insbesondere die nach seiner Parteieigenschaft und deren Folgen, berührt. Seit der Entscheidung des Reichsgerichts in Band 99, S. 161 ff. hat er jedoch darüber hinaus auch für das materielle Recht besondere Bedeutung erlangt:

Das Urteil hatte sich mit der Auswirkung des § 817 Satz 2 BGB. im Konkurse auseinanderzusetzen, da die Gemeinschuldnerin die Gelder, die der Konkursverwalter klagweise zurückverlangte, an die Beklagte unter beiderseitigem Verstoß gegen die guten Sitten geleistet hatte. Daß das Problem nicht eher praktisch wurde [2]), beruht vor allem wohl darauf, daß entweder die geringe Höhe des Objekts von einer Prozeßführung abhielt oder bereits die Konkursanfechtung durchgreifen konnte. Da letztere jedoch dem Sachverhalt nach oft auf Schwierigkeiten stoßen und außerdem ein Schuldner in ungünstigen Vermögensverhältnissen leicht zu unlauteren Geschäften neigen wird, handelt es sich um eine Frage, die immer wieder auftauchen kann.

Das Reichsgericht hat den Anspruch zuerkannt im Hinblick auf den Zweck des § 817 BGB. und die besondere Rechtsstellung des Konkursverwalters. Es hat sich hauptsächlich im Anschluß an die Entstehungsgeschichte des § 817 BGB. dafür entschieden, daß die Vorschrift dem Leistenden die Rückforderung zur „Strafe" versage, wenn er eines Verstoßes gegen die guten Sitten „schuldig" sei. Sie begründe infolgedessen in der Person des Leistenden ein Hindernis der Rechtsverfolgung, das ihm die Durchsetzung des an

---

1) Mot. z. KO., S. 16.
2) Vgl. noch RGZ. 105, 31 ff.; RG. i. JW. 1931, 2093; OLG. Karlsruhe i. Recht 1928 Nr. 726.

sich vorhandenen Rückgabeanspruchs verwehre. Dieses wirke folgerichtig auch gegenüber allen Rechtsnachfolgern oder mit der Rechtsverfolgung betrauten Personen. Dagegen schaffe die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des sittenwidrig Leistenden eine andere Rechtslage: Der Konkursverwalter handele nicht als Vertreter des Gemeinschuldners. Er übe vielmehr dessen Rechte kraft unabhängiger gesetzlicher Verwaltungsbefugnis als „eigene" Rechte im „eigenen" Namen aus [3]). Ihm persönlich könne in dieser Rechtsstellung ein Sittenverstoß nicht zur Last gelegt werden. Er sei daher im Gegensatz zu den vorgenannten Personen in der Geltendmachung des Anspruches unbehindert und könne die der Masse unberechtigt entzogenen Werte pflichtgemäß zuführen.

Die Entscheidung wurde von Rechtslehre und Rechtsprechung teils gebilligt, teils jedoch lebhaft angegriffen. Auch die Gegner waren sich schon damals überwiegend darin einig, daß der Ausschluß der Rückforderung an sich ungerecht sei: Er schädige in 1. Linie die unbeteiligten Gläubiger, während der Empfänger die Leistung grundlos behalten dürfe. Einzelne von ihnen suchen daher mit anderer Begründung zum gleichen Ergebnis zu gelangen. Manche glauben aber, aus rechtlichen Erwägungen heraus auch die Rückgabepflicht verneinen zu müssen. — Für den besonderen Fall des Konkurses hat das Reichsgericht zu der Frage nicht wieder Stellung genommen. In einer Entscheidung vom 20. Juni 1936 [4]) betrachtet es aber den § 817 S. 2 BGB. unter einem neuen Gesichtspunkt: Der Liquidator einer A.G. hatte Klage aus § 817 S. 1 BGB. erhoben. Der eine der Beklagten berief sich ihr gegenüber auf Satz 2 der Vorschrift, weil der frühere Geschäftsführer der klagenden A.G. gleichfalls sittenwidrig gehandelt hätte. Das Reichsgericht hat den Einwand zurückgewiesen, weil das Rückforderungsrecht hier für die geschädigten Gläubiger der Klägerin, also zu einem sittlichen, gemeinnützigen Zwecke ausgeübt werde. Es hat sich damit der in der neuesten Auflage des RGR.-Kommentars vertretenen Auffassung angeschlossen, die im folgenden dargestellt wird. Sie führt im Konkurse zum gleichen Ergebnis. —

---

3) Das Urteil hebt zwar nicht ausdrücklich hervor, daß der Konkursverwalter ein „eigenes" Recht im „eigenen" Namen geltend mache. Diese Auffassung wird aber vom Reichsgericht ständig vertreten (vgl. I 6 d. Arbeit) und ergibt sich hier aus dem Zusammenhang der Begründung.

4) ZAkDR. 1937, 91 mit Anm. von Bernhardt.

Die verschiedenen Ansichten über die Auswirkung des § 817 S. 2 BGB. im Konkurse lassen sich in drei Gruppen zusammenfassen:

Die eine [5]) von ihnen erblickt in dem Konkursverwalter einen privatrechtlichen Vertreter und im § 817 BGB. ein poenales Element. Da der Gemeinschuldner nach § 817 S. 2 BGB. keinen Anspruch habe, seinem Vertreter aber nicht mehr Rechte zustehen könnten als ihm selbst, lehnt sie die Rückgewährpflicht ab.

Die zweite, insbesondere vom Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 99, S. 161 ff. niedergelegte Auffassung [6]) wurde bereits hervorgehoben. Sie erkennt den Strafcharakter des § 817 BGB. an, bezeichnet den Konkursverwalter aber als eine in eigenem Namen kraft eigenen Rechts handelnde und daher vom Strafzweck nicht betroffene Amtsperson. Sie gibt infolgedessen dem Bereicherungsanspruch unter dem weiteren Hinweis, daß andernfalls vor allem die Konkursgläubiger als unbeteiligte Dritte „bestraft" würden, statt.

Die dritte [7]) Meinung, die in der Neuauflage des RGR.-Kommentars vertreten wird, betrachtet den Konkursverwalter zwar als Vertreter des Gemeinschuldners. Sie glaubt aber die billige Lösung ohne Rücksicht auf dessen Rechtsstellung allein der Vorschrift des § 817 BGB. entnehmen zu können, weil diese schon dem Gemeinschuldner persönlich einen Anspruch gewähre. § 817 BGB. sei keine Straf-, sondern eine auf Treu und Glauben beruhende Ausgleichsbestimmung des Bereicherungsrechts. Sie enthalte den allgemeinen Grundsatz, daß jemand aus einem verbots- oder sittenwidrigen Verhalten eines anderen dann keine Rechte herleiten könne, wenn er selber dabei mitgewirkt habe. Dieser rechtspolitische Zweck treffe aber beim Vorhandensein berechtigter Interessen unbeteiligter Dritter — wie sie im Falle des Konkurses auf Seiten der Konkursgläubiger gegeben seien — nicht zu. Nach heutiger Rechtsanschauung erfasse jedes Schuldverhältnis den Einzelnen grundsätzlich nicht für sich allein, sondern als Glied der Gemeinschaft. Es seien daher bei Ausstrahlungen der privaten

5) Vgl. Jaeger, Kom. z. KO. Bd. I § 6 Anm. 6 (die Neuauflage d. 2. Bd. § 181 Anm. 8 läßt „dahingestellt, ob § 817 im Konkurs über den Bereich des 1. Satzes hinaus zu erstrecken sei"); RGK. Bd. II (Aufl. 1929), § 817, 3 u. 6.

6) Vgl. ferner RG. i. JW. 1931, 2093; Ennec., Schuldrecht, S. 649; Ennec.-Lehmann, Schuldrecht, S. 748, 749; Planck, Komm. z. § 817, 5 e; Staud., Komm. z. § 817, 2.

7) RGK. Bd. II, 2 z. § 817, S. 2 Anm. 4.

Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner auf andere Mitglieder der Gemeinschaft auch deren Belange zu berücksichtigen. Unter diesem Gesichtspunkt müsse der Gemeinschuldner in den Stand versetzt werden, seine Gläubiger, deren Interesse im Gegensatz zu dem des grundlos bereicherten Empfängers rechtlich beachtlich sei, mit der zurückzugewährenden Leistung zu befriedigen. —

Wie die verschiedenen Ansichten bereits erkennen lassen, hat sich die Erörterung des Problems einerseits mit der Rechtsstellung des Konkursverwalters und den Bedingungen des Konkurses überhaupt, andererseits mit der Rechtsnatur des § 817 BGB. zu befassen. Im folgenden soll daher zuerst die Rechtsstellung des Konkursverwalters nach seiner Tätigkeit unter Berücksichtigung von Zweck, System und Geschichte des Konkursverfahrens sowie rechtsvergleichender Ergebnisse untersucht werden. Insbesondere soll der bestehende Meinungsstreit erörtert werden, ob er ein privatrechtlicher „Vertreter" der Konkursmasse, der Konkursgläubiger oder des Gemeinschuldners sei oder ein „verfahrensrechtlicher Amtsträger", der entweder eigenberechtigt im eigenen Namen oder — wie eine weitere Lehre in Abwandlung der sogen. Amtstheorie annimmt [8]) — nur als neutrales Organ handele.

Darauf wird geprüft werden, ob die Vorschrift des § 817 BGB. Straf- oder Ausgleichscharakter habe.

Falls danach nicht schon die billig erscheinende Rückgewährpflicht zugunsten der Konkursgläubiger begründet sein sollte, wird versucht werden, die Lösung mittelbar den Bestimmungen der Konkursordnung zu entnehmen.

---

8) Vgl. Dölle i. RVHWB. Bd. V, S. 147.

ERÖRTERUNG DES PROBLEMS.

I. Die Rechtsstellung des Konkursverwalters.

1. Der Zweck des Konkursverfahrens.

Die Untersuchung der Rechtsstellung des Konkursverwalters als eines eigens für das Konkursverfahren geschaffenen Organs hat sowohl für die deutsche Konkursordnung als auch für die im folgenden vergleichsweise dargestellten ausländischen Rechte zunächst von dem Zweck und den Grundgedanken des „Konkurses" auszugehen:

Der Konkurs ist ein besonderes Zwangsvollstreckungsverfahren, das grundsätzlich das ganze, bei Konkurseröffnung vorhandene Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners gleichmäßig zugunsten aller Gläubiger ergreift. Oft wird ein Schuldner seinen Verbindlichkeiten ganz unverschuldet nicht nachkommen können. Ein Konkurs legt seine wirtschaftliche Betätigung aber gewöhnlich lahm; er benachteiligt gleichzeitig weitere Personenkreise und ist zudem kostspielig und zeitraubend. Die Gesamtvollstreckung wird daher vom Gesetz nur ausnahmsweise gestattet.

In der Regel werden Forderungen im Wege der Einzelvollstreckung durchgesetzt, indem der einzelne Gläubiger in einen bestimmten Gegenstand des Schuldners vollstrecken läßt. Hier gilt im deutschen — anders als beispielsweise im französichen Recht[1]) — der Grundsatz der Priorität. Danach kann sich der Gläubiger, der zeitlich zuerst einen Gegenstand mit Beschlag belegt, aus diesem unter Ausschluß später pfändender Gläubiger voll befriedigen. Bei vorweg unzureichendem Vermögen des Schuldners wäre das Ergebnis für die ausfallenden Gläubiger innerlich unbegründet. In diesem Falle muß daher das Einzel- dem Gesamtinteresse in der Weise nachstehen, daß der Verlust von allen Gläubigern gemeinsam durch anteilmäßige Kürzung ihrer Forderungen zu tragen ist. Die geordnete Durchführung dieses sozialen Gedankens, der „par conditio omnium creditorum", kann nur in

1) Vgl. Art. 2092—2094 C. civ., 656 ff. C. d. proc.: Falls weitere Gläubiger sich einem Zwangsvollstreckungsverfahren anschließen, erwerben sie ein „gage commun". Übersteigt der Gesamtbetrag ihrer Forderungen den Wert des gepfändeten Gegenstandes, so findet eine „distribution par contribution", eine anteilmäßige Befriedigung aller Gläubiger — einschl. des erstpfändenden Gläubigers —, statt.

einem einheitlichen Verfahren erfolgen, für welches das gesamte Vermögen des Schuldners unter Ausschluß seiner Verfügungsbefugnis und von Einzelvollstreckungen seitens der Gläubiger bereitgestellt, in dem die einzelnen Forderungen in ihrer Berechtigung zueinander geprüft und entgegengesetzte Interessen von Gläubigern und Schuldner zu billigem Ausgleich gebracht werden. Hierbei erfordert die Verwertung des gesamten Vermögens, die nicht ohne weiteres geschehen kann, eine Verwaltung. Diese hat aus Zweckmäßigkeitsgründen durch ein besonderes Organ, d. h. einen oder mehrere Konkursverwalter oder — wie grundsätzlich im schweizerischen Recht — eine Konkursverwaltungsbehörde, zu erfolgen. — Eine derartige Regelung findet sich in allen modernen Gesetzgebungen, wenn auch die Voraussetzungen und Wirkungen des Verfahrens im einzelnen — den staatspolitischen, wirtschaftlichen und geschichtlichen Bedingungen entsprechend — verschieden ausgestaltet sind.

2. Das System der „staatlich überwachten" Selbstverwaltung.

Die zwangsweise Verwirklichung von Ansprüchen gilt heute nicht nur bei der Einzel-, sondern auch bei der Gesamtvollstreckung an sich als Staatsaufgabe. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Staat das ganze Verfahren selbst bzw. durch eigene Organe durchführen muß. In den meisten europäischen Staaten findet aus praktischen Gründen vielmehr eine Arbeitsteilung statt. Der Staat behält sich dabei in der Regel hauptsächlich die wichtigsten Entscheidungen für den Verfahrens„betrieb" (z. B. Eröffnung, Aufhebung und Einstellung des Verfahrens, Bestätigung eines Zwangsvergleichs) vor. Dagegen überläßt er die verwaltungsmäßige Abwicklung — von einer gewissen persönlichen Mitwirkung der am Verfahren besonders interessierten Gläubiger abgesehen — bestimmten, dem Gericht gegenüber grundsätzlich selbständig handelnden Organen. Diese werden kraft eigenen materiellen Rechts [1]), als Vertreter der Gläubiger, des Gemeinschuldners [2]) oder der Konkursmasse [3]) oder als nur formellrechtlich befugte

1) Vgl. d. engl. Recht, I 7 a d. Arbeit.
2) Vgl. d. franz. Recht, I 7 b d. Arbeit, f. d. eine Doppelvertretung von Gl. u. Sch. angenommen wird.
3) Auff. d. Belgrader Kassationshofes f. d. jugoslav. Recht, zit. T. Léh, La Faillite, S. 94 Anm. 11.

Personen [4]) tätig. Die Erledigung solcher Aufgaben durch einen vom Staat völlig selbständig ausgewählten und bestellten Beamten, wie sie in Italien, Rumänien und einigen Teilen von Portugal geschieht [5]), ist eine Ausnahme. Gewöhnlich werden Private, die dem Wirtschaftsleben näher stehen, mit Rücksicht auf besondere Sachkunde und Geschäftsgewandtheit vorgezogen. —

Nach dem Maße des staatlichen Einflusses, der gleichzeitig für die Rechtsstellung des Konkursverwalters bestimmend ist, unterscheidet man das „privatrechtliche" und das „publizistische" System [6]). Ersteres stellt ein Selbsthilfeverfahren der Gläubiger dar. Diese werden vom Staat in das Vermögen des Schuldners eingewiesen und betreiben die weitere Verwirklichung ihrer Forderungen selbständig, d. h. durch einen Verwalter, der mehr oder minder von ihnen abhängig, evtl. ihr „Vertreter" ist. Den Gegensatz hierzu bildet eine Regelung, für welche die Beschlagnahme, Verwaltung, Verwertung und Verteilung durch den Staat selbst bzw. durch Gerichtsorgane, auf deren Bestellung die Gläubiger keinen Einfluß nehmen dürfen, wesentlich ist. Die völlige Einhaltung eines dieser Prinzipien findet sich heute in keinem Recht. Meist überwiegt die Neigung zum privatrechtlichen System (dessen strikte Durchführung der modernen Auffassung von der Zwangsvollstreckung als eigentlicher Staatsaufgabe widersprechen würde). Die Konkursverwaltung ist daher in der Regel privatrechtlich ausgestaltet, ohne den Weisungen der Gläubiger völlig unterworfen zu sein, wodurch ihre Entschlußkraft gelähmt und das Verfahren verlangsamt würde. Jedoch ist das italienische Konkursrecht im Sinne des Faschismus, dessen Ausgangspunkt der Staat als solcher ist, weitgehend verstaatlicht [7]): Die Aufgaben der Konkursverwaltung werden dort in erster Linie von einem delegierten Richter mit solch weitgehenden Führungs- und Initiativrechten wahrgenommen, daß der eigentliche „curatore", der, wie erwähnt, gleichfalls Beamter ist, nur als untergeordnete Hilfskraft erscheint. —

---

4) Vgl. I 6 u. 7 c d. Arbeit.

5) Art. 2 d. ital. Konkursnovelle v. 1. 8. 1930, zit. b. Dölle, Ztschr. f. Int. Priv.R. 1932, S. 8; rumän. HGB. Artt. 731—736, Handelsges. d. Erdb. Bd. VII, S. 122 (Konkursverwalter gehört dem Richterstande an und ist den ordentlichen Richtern [Landrichtern] gleichgestellt), Art. 214 d. portug. HPO., daselbst, S. 167 (Amt d. Konkursverwalters „in jeder Beziehung ein Gerichtsamt und der unmittelbaren Aufsicht des Richters unterworfen").

6) Kohler, Leitfaden, S. 3, 11.

7) Vgl. dazu Dölle, a. a. O., S. 1 ff., insbes. S. 15; T. Léh, a. a. O., S. 94 Anm. 12.

Das deutsche Konkursrecht vereinigt beide Prinzipien unter Vorherrschaft des privatrechtlichen derart miteinander, daß man das Ergebnis als „staatlich überwachte" Selbstverwaltung[8]) bezeichnen kann. Der privatrechtliche Gedanke kommt darin zum Ausdruck, daß das Konkursverfahren weder von Amts wegen eröffnet noch im einzelnen durchgeführt wird. Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse erfolgen vielmehr durch einen grundsätzlich vom Gericht unabhängigen, von den Gläubigern selbst gewählten[9]) Konkursverwalter, wobei die Gläubiger als Gläubigerversammlung oder durch den Gläubigerausschuß in gewisser Weise, wenn auch nicht im Sinne eigentlicher, das Verfahren maßgeblich bestimmender „Gläubigerautonomie", mitwirken können. (Vgl. §§ 133—137 KO.) Andererseits stehen dem Staat aber neben den Entscheidungen, die den Verfahrens-„betrieb" betreffen, und der Handhabung aller Zwangsgewalt immerhin noch weitgehende Aufsichts- und Eingriffsrechte hinsichtlich der Konkursverwaltung zu. Es handelt sich daher nicht um eine fast uneingeschränkte, sondern um eine wirklich „staatlich überwachte" Selbstverwaltung, die den Gläubigern nur wenige Befugnisse beläßt. (Vgl. §§ 73, 80 S. 2, 99, 106, 110, 161, 166, 188 KO.) —

Die Entwicklung im nationalsozialistischen Staat drängt zur weiteren Verstärkung des staatlichen Einflusses[10]): Durch jeden Konkurs werden Interessen der Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen, und der ehrliche Schuldner erscheint als schutzbedürftig. Demgegenüber entspricht die Konkursordnung noch zu sehr dem liberalistischen Ziel einer von staatlicher Aufsicht möglichst befreiten Wahrnehmung der Gläubigerinteressen. — Gedanken einer künftigen Reform kündigen sich bereits in der neuen Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935 an. Die Tätigkeit der in Betracht kommenden Selbstverwaltungsorgane, die an sich besonders geeignet sind, die ihnen übertragenen Aufgaben zu erfüllen, soll dabei zwar keineswegs ausgeschlossen werden. Jedoch soll dem Staat, der am besten die allgemeinen Belange wahrnehmen kann, ein stärkeres Führungsrecht eingeräumt werden. Mit einer autoritären Leitung des gesamten Verfahrens wird die bestehende — überwiegend formale — Aufsicht über die Konkursverwaltung

8) Jaeger, Lehrbuch, S. 10, Komm. Bd. II § 71 Anm. 3.
9) Sofern von dem Wahlrecht Gebrauch gemacht wird, was praktisch meist nicht geschieht.
10) Vgl. Quasthoff, JW. 1935, 1668 ff.

nicht mehr vereinbar, vielmehr durch Erweiterung der staatlichen Eingriffsrechte auch insoweit eine Umgestaltung zugunsten des publizistischen Prinzips erforderlich sein.

3. Die geringe Bedeutung der Geschichte des Konkursrechts für die Lösung der Frage.

Die Rechtsgeschichte, die oft wertvolle Anhaltspunkte für die Auslegung von Gesetzen bietet, ist, wie im folgenden ausgeführt werden soll, für die Stellung des Konkursverwalters nicht ausschlaggebend, da eine einheitliche Entwicklungslinie fehlt. Die meisten Konkursrechte des europäischen Festlandes schwanken zwischen dem privatrechtlichen und dem publizistischen System. Die Neigung zu dem einen oder dem anderen entspricht den politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnissen der Staaten in Verbindung mit der besonderen Wesensart der Bewohner. Die Darstellung kann daher — auch im Hinblick auf den rechtsvergleichenden Teil der Arbeit — von Einzelheiten absehen. —

Die Wurzeln des heutigen Konkursrechts finden sich seit dem 13. Jahrhundert in den Statutarrechten der italienischen Republiken. Das Prioritätsprinzip der Einzelvollstreckung war für den Handelsverkehr jener Städte hinderlich, da hierbei die am Wohnort des zahlungsunfähigen Schuldners lebenden gewöhnlich den entfernter wohnenden Geschäftsgläubigern zuvorkamen. Wesentlich für das Verfahren war eine starke Beteiligung der Gläubiger unter schwacher Mitwirkung des Staates im Sinne weitgehender „Selbstverwaltung". — Diese Verfahrensgrundsätze wurden durch Schrifttum und Handelsbeziehungen, insbesondere die Zusammenkünfte der Kaufleute auf den großen Märkten, in anderen Ländern bekannt. Sie beeinflußten die deutschen, holländischen und französischen, teilweise auch die schweizerischen Rechte, die bereits aus gleicher wirtschaftlicher Notwendigkeit ähnliche, aber systematisch unterlegene Verfahren ausgebildet hatten [1]). Einzelheiten der deutschen Konkursrechte jener Zeit, die in ihrer Mannigfaltigkeit der politischen Zersplitterung entsprachen, interessieren hier nicht, weil die Entwicklungslinie — anders als in Frankreich — im 17. Jahrhundert durch Aufnahme des entgegengesetzten publizistischen Prinzips völlig unterbrochen wurde. Bemerkenswert ist jedoch, daß die Kuratoren in zwei

1) Vgl. Kohler, a. a. O., S. 29—34, 17—23, 38.

besonders wichtigen Handelsstädten, in Frankfurt a. M. und Hamburg, stark von der Obrigkeit abhängig waren [2]). Die Frankfurter Statuten sprechen im Hinblick auf die Tätigkeit des Konkursverwalters ausdrücklich von einem „Ampt" und „Befelch" und betonen seine Pflichtengebundenheit gegenüber dem Gericht. Nimmt man hinzu, daß das fränkische und gotische Recht, nach denen die Vermögensverwaltung und -verwertung durch den Staat selbst erfolgten, das publizistische Prinzip vertraten, so kann man m. E. daraus auf eine gewisse Tendenz des eigentlich deutschen Rechts zur Betonung der Staatsgewalt und Zurückdrängung des Einflusses der Gläubiger schließen. —

Im Gegensatz zu Italien setzte sich in Spanien, das bereits im 15. Jahrhundert die Gläubigerbefriedigung durch verschiedene „Leyes" dem Gericht unter grundsätzlichem Verbot jeglicher Gläubigerselbsthilfe übertragen hatte, im Anschluß an die fränkischen und gotischen Grundsätze das publizistische Prinzip völlig durch [3]). — Durch das berühmte Werk Samozas — „Labyrinthus creditorum" (1643) — wurde das spanische Konkursrecht auch in Deutschland bekannt, das infolge des 30jährigen Krieges kulturell zurückgekommen und fremden Einflüssen geneigt, seine Grundgedanken in den gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch und einzelne Landesgesetze übernahm. Die Rechtsstellung der gemeinrechtlichen Konkursverwaltung war umstritten. — Auch die preußische Konkursordnung vom 8. 5. 1855, die mit dem langwierigen, unhaltbaren Amtsprinzip brach und die Selbstverwaltungsgedanken aus dem französischen Recht in veränderter Form aufnahm, brachte hierin keine Klarheit. —

Die Motive zur Reichskonkursordnung [4]) wollten die Lösung der streitigen Frage, die im Gesetze selbst nicht zu erfolgen brauchte, der Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen. Sie kann sich somit, da die Rechtsgeschichte wenig vermittelt, unter Berücksichtigung von Zweck und Grundgedanken des Konkurses nur aus dem Zusammenhang der einzelnen Vorschriften ergeben. Auf diese soll daher im folgenden eingegangen werden.

---

2) Vgl. Stobbe, Z. Gesch. d. ält. dt. Konkursprozesses. S. 46, 47.
3) Vgl. Kohler, a. a. O., S. 23 ff.
4) Mot. z. KO., S. 16.

4. Ernennung und Aufgaben des Konkursverwalters.

Der Konkursverwalter wird nach §§ 78, 71, 110 KO. bei Konkurseröffnung — vorbehaltlich der Amtsannahme — vom zuständigen Konkursgericht ernannt. Für seine Auswahl bestehen — von § 34 StGB. abgesehen — keine gesetzlichen Hindernisse[1]). Er muß nur eine natürliche Person sein, da die vorhandenen Straf- und Ordnungsvorschriften auf juristische Personen nicht bezogen werden können. Falls die Verwaltung verschiedene Geschäftszweige umfaßt, ist nach § 79 KO. auch ausnahmsweise die Bestellung mehrerer Verwalter mit getrenntem Geschäftsbereich zulässig. Die Konkursgläubiger können in der 1. Gläubigerversammlung nach § 80 KO. statt des Ernannten eine andere Person wählen, deren Bestellung das Gericht versagen darf. —

Der Verwalter hat Anspruch auf eine Vergütung für seine Geschäftsführung und auf Ersatz angemessener barer Auslagen. —

Bei seiner Tätigkeit ist er grundsätzlich, namentlich inbezug auf Zweckmäßigkeitsentscheidungen, selbständig. Die notwendige Grenze seiner Befugnisse ergibt sich aus dem Verfahrenszweck: der Masseverwertung zur gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger. Außerdem hat er, weil der Konkurs zwar für die Gläubiger durchgeführt wird, dabei aber gleichzeitig Rechte des Gemeinschuldners betrifft, die widersprechenden Interessen der Beteiligten zu billigem Ausgleich zu bringen.

Jener Unabhängigkeit entsprechen nur allgemeine Aufsichtsbefugnisse der Kontrollorgane, d. h. des Gerichts und des fakultativen Gläubigerausschusses. Ein Genehmigungszwang für einzelne Handlungen ist lediglich in bestimmten Ausnahmefällen vorgesehen.

Korrelat der Selbständigkeit des Verwalters ist seine Eigenverantwortlichkeit gegenüber allen Beteiligten. (§ 82 KO.)

Die gesetzliche Grundlage seiner Befugnisse bildet der § 6 KO. Danach verliert der Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen (Neuerwerb ist konkursfrei[2]) zu verwalten und über dasselbe zu ver-

1) Richtl. f. d. Auswahl der Verwalter, insbes. in beruflicher Hinsicht mit Rücksicht auf die Eigenart des einzelnen Konkurses, finden sich nur in minist. Verfügungen.

2) Ein System, das den Neuerwerb ausnimmt, besteht noch in den Vereinigten Staaten. Es ist zwar logisch durchdacht und klar durchführbar. Unter Umständen vermeidet es aber nicht die Kosten eines 2. Konkurses bzgl. des Neuerwerbs und benachteiligt die Gläubiger des 1. Verfahrens.

fügen. Seine Rechte werden durch den Verwalter „ausgeübt". Die Aufgaben betreffen im einzelnen die Sammlung der Masse, die Feststellung der Schulden, die Verwaltung im engeren Sinne, die Verwertung und die Verteilung. Die Verwertung steht dabei sinngemäß im Vordergrund.

Bei einem Vergleich der Befugnisse des Verwalters mit denen des Gemeinschuldners fällt auf, daß der Kreis für den ersteren größer und abweichend ausgestaltet ist. (Vgl. §§ 17, 19, 22, 29 ff., 125, 126, 127 KG.) Insbesondere kennzeichnen ihn die §§ 123—127 KO., 172 ZVG. als Vollstreckungsorgan. Zwangsbefugnisse fehlen allerdings. Der Verwalter kann nur die Initiative zu gerichtlichem Einschreiten geben (§§ 73, 123 KO.) und wird im übrigen bei der Erfüllung seiner Aufgaben durch sonstige gesetzliche Hilfsmittel unterstützt. (§§ 100, 118, 119, 121, 122 KO.) —

Den genannten Einzelbestimmungen ist die Rechtsstellung des Konkursverwalters nicht ohne weiteres zu entnehmen. Bei einem Vergleich des Wortlauts der Reichskonkursordnung mit dem der preuß. KO. von 1855 fällt zwar auf, daß von einer „Gläubigerschaft" nirgends mehr die Rede ist. Die Zurückdrängung des Gläubigereinflusses läßt aber lediglich vermuten, daß eine Stellvertretung der Gläubiger, die bestimmte Rechte auf deren Seite voraussetzen würde, vom Gesetze nicht gewollt sei.

Die Lösung des Problems kann demnach nur der Gesamtheit der Einzelvorschriften, die sich dem Zweck des Verfahrens unterzuordnen haben, entnommen werden. Daraus erklärt sich der Streit der verschiedenen Meinungen, die entweder für eine privatrechtliche Vertreter- oder für eine verfahrensrechtliche Organstellung des Verwalters eintreten und die nunmehr des näheren erörtert werden sollen.

5. Ablehnung der Vertretertheorien.

a) Der Konkursverwalter als Vertreter der Masse.

Die Ansicht, daß die Konkursmasse juristische Person und als solche vom Verwalter vertreten werde, findet sich nur noch vereinzelt [1]). Sie wird auch schon durch das Gesetz selbst widerlegt, da § 6 KO. dem Gemeinschuldner nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse entzieht, ihm aber die Eigentums- und Inhaberrechte beläßt.

1) Vgl. v. Völderndorff, Komm. z. KO., S. 35.

Ein Vermögen kann außerdem nur Gegenstand von Rechten einer bestimmten Person, niemals selbständiger Rechtsträger sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt zwar den Begriff der Stiftung, der die — beim Verein vorhandene — Personenmehrheit als Grundlage der juristischen Persönlichkeit fehlt. Rechtssubjekt ist aber auch dort nach richtiger Auffassung [2]) nicht das Stiftungsvermögen als solches, sondern die gesamte, bestimmten Zwecken dienende Organisation. Eine Personifizierung der Konkurs„verwaltung" oder des Verwalter„amtes" oder die Annahme, daß die Masse ein stiftungs„ähnliches" Sondervermögen sei [3]), ist jedoch ebenfalls ausgeschlossen. Das deutsche Recht steht zur Frage der „juristischen Personen" im Gegensatz zum spanischen und auch zum französischen Recht [4]), für welches die Rechtsprechung grundsätzlich noch immer im Anschluß an frühere naturrechtliche Gedankengänge von der Rechtspersönlichkeit aller Gesellschaftsformen, auch der „société civile", der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, ausgeht [5]). Es ist dieser natürlicher Betrachtungsweise widersprechenden Begriffsbildung ebenso abgeneigt wie der „Anonymität" solcher Verbände. Juristische Personen läßt es daher nur ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anerkennung entstehen. Außerdem ist für eine Analogie der Stiftung schon deshalb kein Raum, weil diese einen gewissen Dauerzweck und die Erhaltung des ihm dienenden Vermögens voraussetzt, während das Konkursverfahren im Interesse der Gläubiger möglichst rasch durch Verwertung und Verteilung der Masse beendet werden soll. Im übrigen wäre dieser Zweck auch nicht selbständig genug, da das Verfahren im Hinblick auf das Fortbestehen der Forderungen über den Konkurs hinaus — in Höhe der ungetilgten Restbeträge — nur eine teilweise Verwirklichung der Schuldnerhaftung darstellt. Die Theorie einer Massevertretung läßt sich daher in keiner Richtung halten.

---

2) Ennec., Lehrb. d. BGB., Allg. Teil, S. 274 I.

3) Vgl. Förster-Eccius, D. Priv.R., S. 104; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, S. 236 ff., 238; Hölder, Natürliche u. juristische Personen, S. 303; Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts Bd. I, S. 361.

4) Das spanische Gesetzesrecht neigt, obwohl es die „personas jurídicas" nur in 4 Art. des Cód. Civ., bei dessen Inkrafttreten freilich schon das Vereinsgesetz von 1887 galt, regelt, zur Ausbildung juristischer Personen (vgl. Artt. 35—39, 1665 ff., 1669 Cód. Civ., 116 Cód. de Com.) — im franz. C. civ. fehlen grundsätzliche Bestimmungen über juristische Personen, insbesondere ein entsprechendes Vereins- und Stiftungsrecht, gänzlich.

5) Vgl. Kunkel über „Juristische Personen" i. RVHWB. Bd. IV, S. 560, 565.

b) Der Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgläubiger.

Häufiger wird im Anschluß an das gemeine Recht und die preuß. Konkursordnung von 1855 [1]) die Auffassung vertreten, daß der Konkursverwalter Vertreter der Konkursgläubiger sei [2]). Da das Verfahren der Befriedigung ihrer Forderungen dient und sie an seiner Durchführung — vor allem durch die Wahl des Verwalters, seine Beaufsichtigung und Unterstützung durch den fakultativen Gläubigerausschuß sowie die Genehmigung wichtiger Verwaltungshandlungen — wesentlich beteiligt sind, bedarf sie einer näheren Prüfung:

Das Wesen der „Stellvertretung" besteht in der Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen im Namen eines anderen mit unmittelbarer Wirkung. Die Konkursforderungen der Gläubiger, die diese beim Konkursgericht anmelden und feststellen lassen, evtl. auch im ordentlichen Rechtswege durchsetzen müssen (§§ 138 ff. KO.), werden vom Konkursverwalter nicht ausgeübt. Seine Willenserklärungen betreffen nur die Masse als Schuldnervermögen und darüber hinaus ihre Vervollständigung auf Grund der Konkursanfechtung. Voraussetzung einer — sich auf die ganze Masse erstreckenden oder gegenständlich begrenzten — Gläubigerstellvertretung wäre daher ein dingliches Recht der Gläubiger an der Masse oder Rechtsträgerschaft bezüglich des Anfechtungsanspruches.

Ein dingliches Recht ist nicht ohne weiteres ersichtlich.

Eine Universalsukzession der Gläubiger in die Rechte des Gemeinschuldners, wie sie im gemeinen Recht vielfach angenommen wurde, wird durch § 6 KO. ausdrücklich ausgeschlossen. Er entzieht dem Schuldner nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, nicht aber die Substanz der Rechte.

Die Motive zur Reichskonkursordnung sprechen ferner in etwas unklarer Weise von einem „Konkursanspruch" der Gläubiger [3]), der jedenfalls mit ihrem Forderungsrecht nicht identisch sein soll. Aus den gesamten Ausführungen, insbesondere aus der Kennzeichnung, daß er durch „das Zahlungsunvermögen" des Schuldners und die Kollision der gegen ihn bestehenden Forde-

---

1) Darüber I 3 d. Arbeit.
2) So Hellmann, Lehrbuch, S. 632; Kohler, Leitfaden, S. 21 ff.; Seuffert, Z. Gesch. u. Dogm., S. 81 ff.
3) Vgl. Mot. z. KO., S. 14, 15.

rungen entstehe und darauf gerichtet sei, „daß nunmehr das gesamte Vermögen zur gesetzlich geregelten Verteilung unter die sämtlichen vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde", ergibt sich aber, daß damit ein dem „Rechtsschutzanspruch" [4]) vergleichbarer, öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen den Staat auf Konkurseröffnung gemeint ist. Ob dieser Anspruch, sobald die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung bestehen, tatsächlich gegeben ist, interessiert hier nicht, da er nicht Gegenstand der Verwaltertätigkeit sein kann.

Es kann sich somit nur darum handeln, ob die Gläubiger mit Konkurseröffnung ein beschränkt-dingliches Recht an der Masse erwerben. Die Motive lehnen dies ausdrücklich ab, einerseits, weil dadurch eine „stillschweigende Generalhypothek" entstünde, andererseits, weil die Gläubiger nach ihrer Stellung im Verfahren kein geeigneter Träger für ein solches Recht seien [5]). Demgegenüber verweisen die Verfechter der sogen. „Pfandrechtstheorie" [6]) auf die Rechtsgeschichte, insbesondern das römische [7]), gemeine und preußische Recht, begründen sie mit dem angeblich analogen Fall des § 804 ZPO., der Gläubigerhypothek des französischen Rechts [8]) sowie dem Veräußerungsverbot der §§ 6, 7 KO., das sie lediglich als Folgeerscheinung betrachten. Im einzelnen sind sie sich nicht einig, ob es ein „Pfandrecht" oder ein diesem ähnliches dingliches „Beschlagsrecht" sei. Dabei handelt es sich allerdings um einen vorwiegend terminologischen Streit, weil sie übereinstimmend als Inhalt des Rechts die gesamten Verwaltungs- und Verwertungsbefugnisse der Gläubiger hinsichtlich der Masse bezeichnen. — Streitig ist für sie ferner, ob es den Gläubigern zur gesamten Hand oder nach Bruchteilen zustehe.

Unter diesen Umständen hat man zunächst die Notwendigkeit eines solchen Rechts zu prüfen. Das moderne deutsche Konkursrecht wird lediglich von dem eingangs dargestellten Grundsatz einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung im Sinne einer sozialen Gefahr- und Verlustgemeinschaft beherrscht. Strafzwecke, die eine Entziehung materieller Rechte zugunsten der Gläubiger recht-

4) Stein-Jonas, Komm. z. ZPO., Bd. I § 253 Vor. III, Bd. II vor § 704 II; A. S. Schultze, a. a. O., S. 10 ff.
5) Mot. z. KO., S. 14, 15, 17.
6) Hellmann, Lehrbuch, S. 623 ff.; Kohler, Leitfaden, S. 72 ff. u. Lehrbuch, S. 99 ff.; Seuffert, Z. Gesch. u. Dogm., S. 81 ff.
7) L. 12 D. Pro. Empt. 41, 4; l. 26 D. De Pign. Act. 13, 7.
8) C. com. 490, 517.

fertigen könnten, sind ihm im Gegensatz zu einzelnen ausländischen Rechten fremd[9]), da in wirtschaftlich schwierigen Zeiten oft auch der ehrliche und strebsame Schuldner in Zahlungsunfähigkeit gerät. Es kann sich also nur darum handeln, daß die Masse den Gläubigern erhalten und durch Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nicht beeinträchtigt wird. Dem trägt aber § 6 KO. ausreichend Rechnung, indem er jenem die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis entzieht. Da grundsätzlich alle Konkursgläubiger gleich behandelt werden, kommt eine Rangsicherung des einzelnen Gläubigers, wie sie das Pfändungspfandrecht des § 804 ZPO. — dem Prioritätsprinzip der Einzelvollstreckung entsprechend — vornehmen soll, nicht in Betracht.

Die Pfandrechtstheorie ist aber auch rechtssystematisch nicht begründet. Der Standpunkt der Motive, daß die Gläubiger ihrer Stellung im Verfahren nach als Rechtsträger ungeeignet seien, ist freilich abzulehnen. Sie sind zwar nicht — wie für das anders ausgestaltete französische Recht vielfach angenommen wird[10]) — zu einer juristischen Person zusammengeschlossen. Da sie objektiv von vornherein zu bestimmen und im Verlauf des Verfahrens festzustellen sind, können sie jedoch an sich in Rechtsgemeinschaft treten. — Die Pfandrechtslehre wird aber durch andere Gründe widerlegt: Schon die rechtsgeschichtlichen Argumente sind nicht überzeugend. Das römische Recht, das noch kein eigentliches Konkursverfahren kannte, die Gläubigerselbsthilfe in viel weiterem Maße ausbildete und das deutsche Recht nicht unmittelbar beeinflußt hat, kann keinesfalls herangezogen werden. Für das — außerdem in seinen Grundgedanken wesentlich abweichende — gemeine Recht und die preußische Konkursordnung von 1855, die den Gläubigern eine stärkere Rechtsstellung als die Reichskonkursordnung gewährte, war die Lehre aber bereits äußerst umstritten[11]). — Eine Analogie zu § 804 ZPO. ist nicht gegeben, weil das Pfandrecht dort, wie schon hervorgehoben, andere Zwecke erfüllt. Im übrigen bilden in der Zivilprozeßordnung auch die öffentliche Beschlagnahme und das privatrechtliche Pfandrecht keine rechtliche Einheit. Das Pfandrecht ist vielmehr eine selbständige Nebenerscheinung der staatlichen Verstrickung, an die

9) Vgl. beispielsweise die Nachwirkung strafrechtlicher Gedanken im englischen und französischen Konkursrecht (I 7 a u. 7 b d. Arb. z. Anm. 25).
10) Vgl. I 7 b d. Arbeit.
11) Vgl. Seuffert, Z. Gesch. u. Dogm., S. 71, 78.

sich grundsätzlich von ihm unabhängig die staatliche Verwertung anschließt. Außerdem wäre ein Pfändungspfandrecht selbst bei der Einzelvollstreckung nicht unbedingt erforderlich. Das ergibt sich schon daraus, daß es von einzelnen früheren Landesgesetzen und manchen Auslandsgesetzen überhaupt nicht vorgesehen wird. — Das Veräußerungsverbot der §§ 6, 7 KO. braucht ferner nicht, wie Vertreter der Pfandrechtslehre irrtümlich annehmen [12]), dem Schutze eines „dinglichen" Rechts zu dienen. Es kann vielmehr nach dem Beispiel der einstweiligen Verfügung ebensowohl zur Sicherung persönlicher Forderungen bestimmt sein.

Vor allem sprechen aber die das Sachenrecht beherrschenden Gedanken der „Spezialität" und „Publizität" dagegen. Sie werden nur durch Ausnahmefälle — wie die der §§ 1287 BGB., 848 ZPO. und des den Agrarkredit fördernden, besitzlosen Generalpfandrechts nach dem Reichsgesetz vom 9. Juli 1926, in gewisser Weise auch durch die gewohnheitsrechtlich anerkannte Sicherungsübereignung — teilweise oder ganz durchbrochen. Danach muß jeder Erwerb dinglicher Rechte, die als solche gegen jeden wirken sollen, in klarer Begrenzung nach außen — bei beweglichen körperlichen Sachen durch den Besitz, bei Pfandrechten an Forderungen durch Anzeige an den Drittschuldner bzw. Zustellung des Pfändungsbeschlusses, bei Grundstücken durch die Grundbucheintragung veranschaulicht — in die Erscheinung treten. Das „Pfand"- oder „Beschlagsrecht" würde jedoch mit der Konkurseröffnung, die wegen der anfänglich unklaren Gläubigerberechtigung lediglich einen „Blankett-Titel" [13]) darstellt, für unbestimmte Forderungen unbestimmter Gläubiger an einem Vermögen im ganzen entstehen. Unberücksichtigt bliebe, wer zur Zeit die beweglichen Sachen besäße. Auch fehlten die Benachrichtigung der Drittschuldner und die Eintragung im Grundbuche. Die nachträgliche Inbesitznahme der Sachen durch den Konkursverwalter, die öffentliche Bekanntmachung des Konkurses und die Eintragung des Konkursvermerks im Grundbuche genügten nicht, weil die Massezugehörigkeit der einzelnen Gegenstände bei der Entstehung des Rechts, d. h. schon bei der Konkurseröffnung [14]), nicht hinreichend kundbar gemacht wäre. Auch würde der Konkursvermerk mangels einer dem § 93 VglO. entsprechenden Regelung

12) Vgl. Hellmann, a. a. O., S. 626; Kohler, Leitfaden, S. 73.
13) Stein-Juncker, Grundriß, S. 409.
14) Vgl. § 108 KO. sowie § 80, 3 VglO.

dem verschärften „Bestimmtheitsprinzip" des Grundbuchrechts nicht genügen[15]). Dieses verlangt die Eintragung eines seiner Art nach genau gekennzeichneten Rechts für einen bestimmten, nicht nur bestimmbaren Gläubiger, bei mehreren Gläubigern außerdem die Angabe, in welchem Rechtsverhältnis sie zueinander stehen (Gesamthands- oder Bruchteilsgemeinschaft) bzw. den Vermerk des Bruchteils.

Ein Abweichen der Reichskonkursordnung von den allgemeinen Grundsätzen der Spezialität und Publizität erscheint umsomehr als ausgeschlossen, als sie auch in den anderen europäischen Rechtsordnungen, die zu der deutschen in gewisser Wechselbeziehung stehen, mehr oder minder anerkannt sind[16]). Das französische Recht weicht allerdings — trotz grundsätzlicher Anerkennung jener Prinzipien — selbst für das besonders publizitätsbedürftige Grundbuchrecht stark ab. Es fordert zwar für die gesetzlichen Generalhypotheken, die es — neben den „privilèges"[17]) — im Gegensatz zu den übrigen europäischen Gesetzen[18]) noch, wenn auch auf Grundstücke beschränkt, zuläßt, wenigstens im allgemeinen zur Wirkung gegen gutgläubige Dritte nachträgliche Inskription. Es regelt aber darüber hinaus als Ausnahme auch zwei „hypothèques occultes"[19]), die selbst Dritten gegenüber ohne weiteres an allen vorhandenen und ferner künftig erworbenen Grundstücken entstehen[20]). Man kann daher der Pfandrechtstheorie bezüglich des Hinweises auf die Gläubigerhypothek der Artt. 490, 517 C. com. entgegenhalten, daß sich das französische Recht insoweit fast ebensowenig wie das gemeine zur vergleichsweisen Heranziehung eignet.

---

15) Vgl. dazu §§ 1115 BGB., 46 GBO., AV. v. 20. 11. 1899 § 4; Güthe-Triebel, Komm. z. GBO., Bd. II, S. 1694, 1697.

16) Vgl. dazu die Art. „Pfandrecht" u. „Hypothek" in RVHWB. Bd. IV u. V.

17) Art. 2095 ff. C. civ.: An beweglichen Sachen, Grundstücken und ganzen Vermögen — Vollstreckungsprivilegien mit teilweise dinglichem Charakter (vgl. Heinsheimer, Zivilges. d. Gegenwart, Bd. I, S. 693, 3), die in ihren Wirkungen den Grundpfandrechten nahestehen.

18) Vgl. dazu Art. „Hypothek", RVHWB. Bd. IV, S. 276, 280.

19) Planiol-Ripert, Traité Pratique de Droit Civil, Bd. 12, S. 439 Nr. 466.

20) Vgl. dazu Artt. 2121 ff., 1017 C. civ. i. Verb. mit d. Transkriptionsgesetz v. 23. 3. 1855: Zugunsten der Ehefrau sowie der Minderjährigen und Entmündigten wegen Ansprüchen aus der Vermögensverwaltung gegen Ehemann bzw. Vormund — Eintragungspflicht nur unter gewissen, künftig eintretenden Umständen.

Außerdem würde ein derartiges dingliches Recht, das nach seinem Sicherungszweck und im Hinblick auf den geschlossenen Kreis der Sachenrechte nur ein Pfandrecht sein könnte, wegen seiner Akzessorietät eine einheitliche Forderung voraussetzen [21]). Diese Einheitlichkeit wäre aber nur gewahrt, wenn den verschiedenen Gläubigern gemeinsam eine zu sichernde Forderung in Gesamthands- oder Bruchteilsgemeinschaft zustünde [22]). Diese Voraussetzung fehlt jedoch. Den Gläubigern verbleiben ihre Forderungen auch nach Konkurseröffnung vollkommen voneinander getrennt. Auch der „Konkursanspruch" der Motive kann, falls überhaupt vorhanden, seiner öffentlich-rechtlichen Natur nach mit dem Pfandrecht nicht in Zusammenhang gebracht werden. —

Hinsichtlich des sogen. „negativen Herrschaftsrechts" [23]) aus § 7 KO. stehen die Gläubiger allerdings in Rechtsgemeinschaft (§ 741 BGB.). Das Veräußerungsverbot der §§ 6, 7 KO. ist nicht die Folgeerscheinung eines dinglichen Gläubigerrechts, sondern hat selbständige Bedeutung. Von den sonstigen relativen Veräußerungsverboten unterscheidet es sich lediglich durch die stärkere Wirkung. Sie erstreckt sich — der hier stattfindenden allgemeinen Entziehung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und deren Ausübung durch den Verwalter sowie der Notwendigkeit verschärften Gläubigerschutzes entsprechend — grundsätzlich auch auf gutgläubige Erwerber [24]). Im übrigen hat es aber die Rechtsnatur aller negativen Herrschaftsrechte. — Es bereichert die Gläubiger nicht in ihrer Sphäre um ein neues subjektives Recht im Sinne eines rechtlichen „Dürfens" oder „Könnens". Es wirkt sich vielmehr vorwiegend auf der Gegenseite aus, indem es den Gemeinschuldner seinerseits zu ihren Gunsten in seinem — an sich vorhandenen — rechtlichen Können beschränkt, insoweit seine rechtliche Handelnsmacht lähmt und die Möglichkeit selbständiger Änderung seiner Vermögenslage verneint. Es schafft also für ihn

---

21) Vgl. dazu §§ 1113, 1204 BGB., RGZ. 75, 247.

22) Vgl. dazu RGZ. 75, 247.

23) Vgl. Dölle, Gruch. 68, 500, RVHWB. Bd. V, S. 118.

24) Der Schutz gutgläubigen Rechtserwerbs gemäß § 7 KO. ändert an dem Rechtscharakter des negativen Herrschaftsrechts als solchem übrigens nichts; bei derartigen Verfügungen des Schuldners findet keine momentane und begrenzte Erweiterung der Verfügungsfähigkeit statt. Grundlage des Rechtserwerbs sind vielmehr — von der Vornahme des dinglichen Rechtsgeschäfts abgesehen — nur die Tatsache, daß der Schuldner Rechtsträger ist und der gute Glaube des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis.

einen Zustand, den de Benito[25]) treffend als „un derecho intermedio entre el de expropiación y el derecho real" bezeichnet. Jenes Recht wird aber vom Konkursverwalter nicht vertretungsweise ausgeübt. Bei unberechtigten Verfügungen des Gemeinschuldners gemäß §§ 6, 7 KO. wird er nach Sachlage entweder dem Anspruch des Vertragsgegners nicht genügen oder den Gegenstand für die Masse zurückverlangen. Damit macht er aber nicht das negative Herrschaftsrecht der Gläubiger, sondern das positive Recht des Gemeinschuldners verteidigungs- oder angriffsweise geltend. —

Als durch den Verwalter ausgeübtes Recht steht den Gläubigern dagegen der Rückgewähranspruch im Falle der Konkursanfechtung zu[26]). Er stellt kein „revokatorisches Rechtsmittel zur Ausführung der Exekution"[27]) dar, sondern beruht, wie heute fast allgemein anerkannt, auf einem besonderen materiell-rechtlichen Schuldverhältnis, das lediglich seine Ausgestaltung durch den verfahrensrechtlichen Zweck empfängt[28]).

Vielfach wird zwar angenommen, daß es sich um ein Recht des Gemeinschuldners handele[29]). Jaeger[30]) gelangt hauptsächlich zu diesem Ergebnis, um eine einheitliche Rechtsstellung des Verwalters, den er als Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet, durchführen zu können. Er betont dabei vom Standpunkt der fraglichen Theorie aus, daß sich der Anfechtungsanspruch nicht etwa gegen den „vertretenen" Schuldner, sondern unmittelbar gegen den Anfechtungsgegner richte. Er gibt aber selbst zu, daß diese erst in den neueren Auflagen seines Kommentars verfochtene Ansicht auch im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes nicht unbedingt zwingend sei. Wenn die Konkursanfechtung dinglich wirkte, der anfechtbare Vorgang also für die rechtliche Betrachtung als nicht vorhanden zu gelten hätte, könnte allerdings nur der Gemeinschuldner berechtigt sein. An ihn, als den ur-

---

25) de Benito, La Doctrina Española de la Quiebra, S. 139.
26) Dölle, RVHWB. Bd. V, S. 118; Hellmann, a. a. O., S. 632, 636; Kiehl, ZZP. Bd. 30, 319 ff.; Kohler, Leitf., S. 140; A. S. Schultze, a. a. O., S. 65 ff.; Seuffert, Konkursprozeß, S. 218; Stein-Juncker, Grundriß, S. 440; vgl. auch RGZ. Bd. 29, 35; 31, 43; 36, 369.
27) Entscheidung d. pr. Ob. Tr., zit. Jaeger, Komm. Bd. I, § 29 Anm. 8 u. 7.
28) Jaeger, das. mit Literaturnachweisen.
29) Jaeger, Komm., Bd. I § 6 Anm. 15 u. Lehrb., S. 26; Petersen, ZZP. 9, 53 ff.
30) Jaeger, Lehrb., S. 26.

sprünglich Berechtigten, würde das Recht zurückfallen. Der Wortlaut des § 7 KO., wonach die anfechtbare Leistung zur Masse zurückzugewähren" ist, und vor allem der Zweck des Gesetzes, nach dem die Rechtswirkungen zwischen Gemeinschuldner und Anfechtungsgegner, soweit nicht schutzwürdige Interessen der Konkursgläubiger beeinträchtigt sind, bestehen bleiben können, lassen aber nur den Schluß auf einen obligatorischen Anspruch zu [31]). Unter diesen Umständen ist die Gegenmeinung aus verschiedenen Gründen vorzuziehen:

Zunächst sprechen schon Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung dafür. Die Konkursanfechtung, die, wie jedes Rechtsinstitut, ihren Ursprung nicht völlig verleugnen kann, geht auf die römisch-rechtliche actio Pauliana, vermittelt durch die italienischen Statutarkonkursrechte und die deutsch-rechtlichen „Fluchtsalgeschäfte", zurück [32]). Diese sollten lediglich die Gläubiger gegen unlautere Machenschaften des Schuldners schützen. Die Wirkung der Fluchtsalgeschäfte war sogar als Haftung aus einem gegen den bzw. die Gläubiger gerichteten Täter- oder Gehilfendelikt gedacht, das in der Mitwirkung bei der Leistungsverweigerung des Schuldners bestand [33]). Wenn strafrechtliche Elemente auch allmählich verschwanden, erhielt sich doch die Auffassung eines ausgesprochenen Gläubigerrechts noch für die Folgezeit. Die preuß. Konkursordnung von 1855, die der Reichskonkursordnung im wesentlichen als Vorbild diente, bestimmte daher, daß das Anfechtungsrecht der „Gläubigerschaft" zustehe (§§ 99, 106). Die einzelnen Gläubiger durften den Anspruch auf Leistung zur Masse in bestimmten Fällen sogar persönlich ausüben (§ 112). Ähnliche Gedankengänge finden sich noch im heutigen spanischen Recht. Es erklärt die Konkursverwaltung bezüglich der Anfechtung nach Artt. 1366 L. Enj. c., 880 ff. Cód. de Com. als „representantes de la masa de acreedores de la quiebra", eine Wendung, die offensichtlich von der Rechtsträgerschaft der Gläubiger ausgeht. Auf dem gleichen Standpunkt steht die französische Rechtslehre [34]). Auch betrachtet das englische Recht bei der „fraudulent

31) Jaeger, Komm. Bd. I § 29 Anm. 10 gegen die sogen. Dinglichkeitstheorie; vgl. auch Bartsch-Pollak, Komm. z. österr. KO., S. 203.

32) Kohler, Leitf., S. 127.

33) A. Schultze i. d. Ztschr. d. Savign.St. Bd. 41, 213—216.

34) Vgl. Percerou, Des Faillites. Bd. I. 146. 935. 936. 1012 f. d. action en nullité u. d. action paulienne.

conveyance" die Gläubiger als berechtigt [35]). Vor allem nimmt die herrschende Rechtslehre zur österreichischen — der deutschen entsprechend normierten — Konkursanfechtung einen Anspruch der Gläubiger an. Sie folgt damit der ausdrücklichen Regelung des österr. Anfechtungsgesetzes von 1884, das die Gläubigerschaft „als zur Anfechtung berufen" erklärte (§ 16) [36]).

Diese Ansicht ist aber auch mit der Ausgestaltung des heutigen deutschen Konkursrechts am ersten vereinbar. Im Verhältnis zwischen dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner bleiben die Rechtswirkungen des anfechtbaren Vorganges grundsätzlich bestehen. Insbesondere kann der Konkursverwalter nicht „Rückübertragung" des fraglichen Gegenstandes an den Schuldner, sondern nur „Duldung der Verwertung" für die Masse verlangen [37]): Die in Betracht kommenden Vorschriften wollen nur eine Ausnahmeregelung, soweit es der Gläubigerschutz unbedingt erfordert, treffen. Schon danach liegt die Annahme eines Gläubigerrechts nahe.

Der Anspruch dient außerdem lediglich dem Interesse der Konkursgläubiger. Anstand und Gerechtigkeit gebieten zwar, daß ein Schuldner bei unzureichendem Vermögen dieses wenigstens seinen Gläubigern gleichmäßig zur Verfügung stelle. Im Falle einer Anfechtung war der tatsächliche Wille des betreffenden Schuldners aber darauf gerichtet, dem Anfechtungsgegner gerade vorzugsweise etwas zuzuwenden. Das vom Billigkeitsstandpunkt aus „mißverstandene" Interesse des Schuldners hier in eines, das den Zielen der Rechtsordnung entspricht, umzudeuten, widerstrebt der natürlichen Anschauung umsomehr, als die Anfechtung für den Gegner einen hohen Gewährleistung-, evtl. auch Deliktsanspruch auslösen kann [38]).

Schließlich rechtfertigt auch die Analogie zum Anfechtungsgesetz von 1879 die Annahme eines Gläubigerrechts. Der Konkursanfechtungs- ist ebenso wie der Einzelanfechtungsanspruch ein Hilfsrecht zur Durchsetzung der Gläubigerforderungen. Er teilt

---

35) Nach Eckstein, Engl. Konkursrecht, S. 214 steht das Anfechtungsrecht bei „conveyances to defraud creditors" dem Konkursverwalter als „Repräsentanten d. Gl." zu.
36) Bartsch-Pollak, Komm. §§ 15, 83 Anm. 2.
37) RGZ. 67, 22, 56, 143, 145; Riehl, Gruch. Bd. 53, 503, 531; f. d. österr. Recht Bartsch-Pollak, Komm. § 27 Anm. 9, 21. — A. A. Jaeger, KO. Bd. I § 38 Anm. 14.
38) Vgl. dazu die Ausführungen von Jaeger im Komm. Bd. I §§ 29 Anm. 23 u. 24, 37 Anm. 23.

mit diesem den Zweck der Vollstreckungserweiterung. Nur die technische Verwirklichung beider Anspruchsarten ist — dem Gegensatz zwischen Gesamt- und Einzelvollstreckung entsprechend — verschieden. Der Anfechtungsgegner nach dem Anfechtungsgesetz hat den Zugriff des einzelnen Gläubigers auf den fraglichen Gegenstand zu dulden. Bei der Konkursanfechtung ist dagegen das Erlangte zur konkursmäßigen Gesamtvollstreckung bereitzustellen. In beiden Fällen wird aber der Vermögenswert eines Dritten ohne unmittelbare Rückkehr ins Schuldnervermögen zur Gläubigerbefriedigung verwandt. Im übrigen sind auch die Tatbestände bei der Einzel- und der Konkursanfechtung — von § 30 KO. abgesehen — im wesentlichen die gleichen. (Der Konkursverwalter kann daher nach § 13 AnfG. einen schon vor Konkurseröffnung anhängigen Rechtsstreit fortsetzen.) Aus all diesen Gründen erscheint der Konkursanfechtungsanspruch ebenso wie der Einzelanfechtungsanspruch, der seinerseits nur den einzelnen Gläubiger zustehen kann, als Gläubigerrecht.

Dieses muß den Gläubigern mit Rücksicht auf den gemeinsamen verfahrensrechtlichen Zweck in Rechtsgemeinschaft zustehen [39]) (§ 741 BGB.). Die Annahme einer Gesamthandsberechtigung, die im geltenden Rechtssystem ein Ausnahmeinstitut bildet, erscheint weder notwendig noch im Gesetz hinreichend begründet.

Der Umstand, daß die Gläubiger ihr Recht nicht selbst, sondern nur durch den Verwalter geltend machen können, erklärt sich schon daraus, daß es ein Vollstreckungshilfsmittel ist, Einzelvollstreckungen aber durch § 14 untersagt sind [40]). Vor allem soll es jedoch die Masse erweitern, hinsichtlich deren alle Befugnisse dem Verwalter übertragen sind.

Weitere Rechte der Gläubiger, die der Verwalter ausüben könnte, sind nicht ersichtlich. Auch fehlt im Gesetz jeder Anhalt für eine Vertretung des Gemeinschuldners von ihrer Seite. Sie bilden im übrigen nur prozessual durch gemeinsame Teilnahme am Verfahren eine besondere Streitgenossenschaft. Wirtschaftlich erscheinen sie ferner — im Hinblick auf ein möglichst günstiges Gesamtergebnis einheitlich interessiert — als eine Gemeinschaft. Diese ist genossenschaftlich organisiert [41]); sie beschließt in den

39) So Stein-Juncker, a. a. O. S. 413.
40) Vgl. Kohler, a. a. O. S. 140.
41) Vgl. Bartsch-Pollak, Komm. § 1 Anm. 78.

Gläubigerversammlungen nach dem Mehrheitsprinzip und nimmt an den Erträgen der Masseverwertung zusammen teil. —

Nach vorstehenden Ausführungen käme an sich bezüglich des Anfechtungsrechts eine Vertretung der Gläubiger in Betracht. Sie scheitert aber an dem Interessengegensatz, der einerseits zwischen den Gläubigern selbst, deren Forderungen der unzureichenden Masse zufolge einander kürzen, andererseits aber auch zwischen ihnen und dem Gemeinschuldner, dessen Rechte der Verwalter gleichfalls zu wahren hat, besteht. Die nähere Begründung hierfür ergibt sich aus den folgenden Ausführungen.

c) Der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners.

Diese Lehre darf unter den Vertretertheorien als die herrschende bezeichnet werden [1]). Sie hat auch, da der Konkursverwalter Rechte des Gemeinschuldners ausübt, den Anschein gewisser Berechtigung für sich. Man argumentiert etwa folgendermaßen: An sich wäre der Gemeinschuldner Herr des konkursbefangenen Vermögens und hätte aus ihm seine Gläubiger zu befriedigen. Er werde aber zu dem gleichen Zweck durch den Konkursverwalter ersetzt, dessen Willenserklärungen jeweils für ihn, als Subjekt der Masse, wirkten. — Dabei wird aber übersehen, daß der gleiche Enderfolg auf völlig verschiedenen rechtlichen Voraussetzungen beruhen kann. Insbesondere darf man aus den materiellrechtlichen Ergebnissen des Konkursverfahrens nicht ohne weiteres auf eine privatrechtliche Stellung des Verwalters schließen. Jedes Verfahren dient seinem Wesen nach der Verwirklichung materieller Rechte. Die Tatsache, daß sich hierbei die Gläubigerbefriedigung unter staatlicher Oberleitung und Mitwirkung vollzieht, läßt daher nach der heutigen prozeßrechtlichen Auffassung von vornherein auf eine mehr formell-rechtliche, den Grundsätzen des Verfahrens angepaßte Stellung des entscheidend beteiligten Verwaltungsorgans schließen. Doch bedarf dies einer näheren Untersuchung.

Vor der rein-rechtlichen Prüfung soll zunächst veranschaulicht werden, welchen Vorgang des täglichen Lebens der Begriff der

---

1) Jaeger, Komm. Bd. I § 6 Anm. 18 ff.; Fuchs, Gruch. 38, 262 ff., 548, 583 ff.; neuerdings findet sich in einer Entscheidung des RG. (ZAkDR. 1937, 91) eine Hinneigung zu dieser Vertretertheorie.

„Stellvertretung" erfassen will. Das Recht greift aus der Fülle der Tatsachen, die zu bestimmten Geschehnissen zusammentreffen können, die jeweils wesentlichen und typischen Momente heraus, abstrahiert einerseits, soll andererseits aber lebensnah bleiben. Wenn also die Tätigkeit des Verwalters nicht dem Bilde entspricht, das man sich von einem „Vertreter" zu machen pflegt, kann die rechtliche Behauptung nicht begründet sein.

Die Vorstellung, die man im allgemeinen von einem Stellvertreter hat, schildert ein Anhänger der im folgenden abzulehnenden Theorie selbst [2]): „Als Stellvertreter muß — wie dies schon aus dem Worte selbst sich ergibt — jeder angesehen werden, der die Stelle eines anderen vertritt, der an Stelle eines anderen auftritt, der Handlungen an Stelle eines anderen vornimmt, welche eigentlich dieser andere vorzunehmen hätte oder vornehmen könnte, der an Stelle eines anderen handelt mit der Absicht, daß seine Handlungen rechtlich als Handlungen dieses anderen gelten sollen." Mit diesen Ausführungen widerlegt der Verfasser bereits seine Ansicht, da der Aufgabenkreis des Konkursverwalters auch beim normalen Verlauf der Dinge für den Gemeinschuldner undenkbar wäre: Staatliche Zwangsbefugnisse fehlen dem Verwalter zwar; seine Handlungen richten sich aber als Vollstreckungsmaßnahmen — im weiteren Sinne [3]) — ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners gegen dessen Vermögen und damit gegen ihn selbst. Freilich tritt dabei ihr Zwangscharakter weniger in die Erscheinung als dies bei einem lediglich in einen einzigen Gegenstand gerichteten Verfahren zu geschehen pflegt. Die Verwertung eines ganzen Vermögens kann nicht zusammengedrängt in einem einheitlichen Akt erfolgen. Sie kann sich neben vorläufiger Verwaltung nur in einzelnen Stadien — teils in formellen Verfahren nach den Vorschriften der Einzelvollstreckung, überwiegend jedoch aus Zweckmäßigkeitsgründen durch freihändige Veräußerung — vollziehen. Ihrem gesamten Wesen nach stellt sie aber ebenfalls einen zwangsweisen Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners dar, wie er sinngemäß nur von dritter Seite erfolgen kann. — Außerdem dient sie in erster Linie den Interessen der Gläubiger. Niemand wird aber vom Schuldner, wenn ihm auch aus rechtlichen, wirtschaftlichen oder sittlichen Erwägungen an

---

2) Vgl. Fuchs bei Gruch. 38, 262.
3) Vgl. d. Ausf. v. Kiehl ZZP. 30, 303; Stein-Juncker, a. a. O. S. 416.

der Befriedigung seiner Gläubiger gelegen sein mag, verlangen, daß er bei seiner Tätigkeit fortgesetzt zugunsten Dritter und gleichzeitig gegen sich selbst handele. — Schließlich stehen dem Konkursverwalter noch viel weitergehende Rechte als dem Gemeinschuldner zu. So sind ihm die Vertragsauflösungs- und Kündigungsrechte der §§ 17 ff., 21 ff. KO. sowie die Befugnisse aus §§ 125, 126, 127 KO. nur im Hinblick auf den Verfahrenszweck im Gesamtinteresse der Gläubiger gegeben. Von einem „Vertreter" erwartet man das nicht.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß die Tätigkeit des Verwalters schon der üblichen Vorstellung, die man von einem „Vertreter" zu haben pflegt, nicht entspricht. Wie danach anders nicht zu erwarten, wird auch die rechtliche Erörterung zur Ablehnung der Vertreterstellung gelangen:

Ausgangspunkt für die Rechtsstellung des Konkursverwalters ist die Vorschrift des § 6 KO. (vgl. auch § 206). Danach verliert der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Verfahrens die „Befugnis", sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen zu „verwalten" und über dasselbe zu „verfügen" mit der Maßgabe, daß künftig diese Rechte durch den Konkursverwalter ausgeübt werden. Damit ist klar ausgesprochen, daß die Verfügungs„fähigkeit" und die Prozeßfähigkeit (§ 52 ZPO.) dem Gemeinschuldner verbleiben. Beide Begriffe werden häufig verwechselt und aus einer teilweisen Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit des Schuldners [4]) die Notwendigkeit einer gesetzlichen Vertretung gefolgert [5]). Sie sind aber scharf auseinanderzuhalten [6]). Die Verfügungs„fähigkeit" ist eine rechtliche Eigenschaft einer Person, die ihr mit Rücksicht auf ihren normalen Willen, d. h. ein bestimmtes Durchschnittsmaß geistiger Reife, innewohnt. Sie erlaubt ihr grundsätzlich — ohne unmittelbare Beziehung zu einem Objekt — rechtliche Veränderungen ihres Vermögensstandes durch Vornahme dinglicher Rechtsgeschäfte herbeizuführen. Dagegen bedeutet die Verfügungs„befugnis" die Macht, diese Anlage durch rechtliche Einwirkung auf einen bestimmten Gegenstand tatsächlich zur Entfaltung zu bringen.

---

4) So Wach, Fitting, Oetker, zit. Stein-Juncker, a. a. O. S. 421.

5) So anscheinend Endemann, Konkursverfahren, S. 423: „Der Dispositionsfähigkeit entsetzt" bedürfe der Schuldner notwendig eines Vertreters.

6) Vgl. dazu Fuchs, Gruch. Bd. 38, 245; Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 10.

Erstere kann nur aus Gründen, die in der Person selbst liegen, fehlen. Eine Entziehung der Verfügungs„befugnis", die Einschränkung eines an sich vorhandenen rechtlichen Könnens, folgt dagegen stets aus Beziehungen zur Außenwelt, zu anderen Personen mit schutzwürdigerem Interesse.

Da Willensmängel des Gemeinschuldners durch die äußere Tatsache der Konkurseröffnung nicht ausgelöst werden können, kann es sich hier — wie auch der Wortlaut des § 6 KO. ergibt — nur um eine Entziehung der Verfügungs„befugnis" handeln. Sie erfolgt in Richtung auf die Masse zugunsten der Gläubiger, die im Hinblick auf ihre Forderungen und den Vermögensstand des Schuldners wirtschaftlich als berechtigt erscheinen. Diese Lage des Gemeinschuldners, die das französische Recht auf italienisch-statutarrechtlicher Basis zuerst voll in seiner Bedeutung erkannte und treffend als „dessaisissement" (Vorgang, bei dem man etwas aus den Händen gibt) bezeichnet [7]), entspricht auch den Zwecken des Konkurses. Die Masse soll lediglich für die Gläubigerbefriedigung sichergestellt, davon abgesehen, aber dem Schuldner ein Wiederaufbau seiner Existenz durch selbständiges Handeln erleichtert werden. Außerdem müßte anderenfalls nicht eine lediglich in sachlicher Hinsicht begrenzte teilweise Verfügungsunfähigkeit — als seltener Ausnahmefall [8]) — sondern eine solche, die gleichzeitig nur gegenüber einzelnen Personen, den Konkursgläubigern, bestünde, eintreten. Diese Unklarheit in Bezug auf eine persönliche Eigenschaft wäre aber mit dem ganzen Rechtssystem unvereinbar [9]). Zweifel in dieser Richtung schließen im übrigen auch die positiven Vorschriften der Konkursordnung aus, da § 7 den § 6 KO. dahin ergänzt, daß Rechtshandlungen des Gemeinschuldners im Konkurse nur den Gläubigern gegenüber unwirksam, sonst aber gültig seien [10]).

Der Fall einer notwendigen Vertretung des Gemeinschuldners ist also mit Rücksicht auf die vorhandene Verfügungsfähigkeit nicht ohne weiteres gegeben. Andererseits schließt aber ihr Dasein — wie die Pflegschaften für unbekannte Erben oder für Ab-

7) C. d. com. Art. 443, dem die meisten Rechtsordnungen gefolgt sind — dagegen bestimmt Art. 920 des serb. Ziv.Ges., zit. b. Dölle, RVHWB. Bd. V, S. 84, sogar den Verlust der Geschäfts„fähigkeit".
8) Vgl. dazu die Ausf. v. Ennec. z. §§ 112, 113 BGB., Lehrb. Bd. I, S. 371.
9) Vgl. dazu die Ausf. RGZ. 29, 33.
10) Über die Wirkung d. Verbots vgl. Jaeger, Komm. Bd. I § 7 Anm. 8.

wesende sowie die „gesetzliche“ [11]) Vertretung des Ehemannes im Rahmen der „Schlüsselgewalt“ beweisen – die Möglichkeit einer gesetzlichen Vertretung nicht aus. Es muß daher näher auf deren Wesen eingegangen werden.

Nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts dient sie stets persönlichen Zwecken des Vertretenen. Sie kann dabei als Sorge für alle oder nur für besonders geartete Angelegenheiten eintreten. In der Regel findet sie statt, wenn ein rechtlich anerkannter „Wille“ auf Seiten des Vertretenen fehlt und entsprechend ergänzt werden muß. Doch sind, wie die erwähnten Beispiele zeigen, auch Fälle möglich, in denen sich ein normaler Wille nur aus tatsächlichen Gründen nicht auswirken kann, weil der Betreffende seinen Machtbereich nicht kennt, räumlich entfernt ist oder aus praktischen Gründen nicht tätig zu werden pflegt. Es handelt sich dabei aber nie um eine ausgesprochene „Zwangsbevollmächtigung“. Der Wille des Unmündigen oder Entmündigten ist unentwickelt und daher unbeachtlich. Derjenige des Verfügungsfähigen kann entweder — als nicht gegenwärtig — gar nicht aus seiner Rechtssphäre verdrängt oder grundsätzlich in den gleichen Angelegenheiten tätig werden.

Die gesetzliche Vertretung dient vor allem, wenn auch der beabsichtigte Erfolg oft ausbleiben mag, dem unmittelbaren Interesse des Vertretenen. Interessen Dritter können, wie das Beispiel des entmündigten gemeingefährlichen Trinkers zeigt, mitberücksichtigt werden. Der Gedanke, daß der Entmündigte sich dem Leben nicht anzupassen vermag und daher eines Helfers bedarf, steht jedoch im Vordergrund. Deshalb kann der gesetzliche Vertreter auch — von den in § 181 BGB. genannten Ausnahmen abgesehen — niemals Rechtsgeschäfte vornehmen, bei denen sich sein eigenes Interesse, dasjenige des Vertretenen und das Dritter derart kreuzen, daß die volle Wahrnehmung des einen die des anderen begrifflich ausschlösse; es muß dann jeweils ein Sondervertreter bestellt werden. (Vgl. dazu §§ 1795, 1915, 1630 BGB.) —

Sämtliche angeführten Merkmale der gesetzlichen Stellvertretung treffen auf die Tätigkeit des Konkursverwalters nicht zu.

Da ein normaler gegenwärtiger Wille auf Seiten des Schuldners grundsätzlich vorhanden ist, müßte zunächst schon eine „Zwangsbevollmächtigung“ eintreten. Diese wäre aber mit den

---

11) Keine „gesetzliche Vertretung“ i. S. des § 278 BGB., wohl aber eine gesetzliche Vertretungsmacht der Ehefrau.

vorhergehend erörterten Grundsätzen der gesetzlichen Vertretung unvereinbar. — Ferner deckt sich der Aufgabenbereich des Verwalters, wie dies Voraussetzung einer Vertretung wäre, nicht mit dem des Schuldners. Jenem stehen viel weitergehende und anders ausgestaltete Rechte (§§ 17 ff., 21 ff. KO.), ja sogar, was dem Schutzgedanken des Instituts gänzlich widerspräche, Initiativmittel für den Gläubigern dienende Zwangsmaßnahmen zu [12]). (§§ 125, 126, 127 KO., 172 ZVG.) — Vor allem würde die gesetzliche Vertretung hier, wie sinngemäß ausgeschlossen erscheint, gegensätzliche Interessen wahrnehmen. Dem Schuldner muß an der Erhaltung der Masse gelegen sein. Die Gläubiger dagegen müssen ihre rascheste Verwertung erstreben und dabei einerseits an möglichst hohen Erträgen gemeinsam interessiert, andererseits im Hinblick auf das unzureichende Befriedigungsobjekt im Widerstreit sein. Dabei kann von einer Gemeinsamkeit der Schuldner- und Gläubigerinteressen keine Rede sein: Für den anständigen Schuldner ist zwar an sich die Befriedigung seiner Gläubiger wünschenswert, niemals aber das ihn wirtschaftlich vernichtende Konkursverfahren. —

Die Theorie einer Vertretung des Gemeinschuldners muß nach den vorstehenden Einzelausführungen also abgelehnt werden. Das gleiche hat danach aber auch, worauf schon früher hingewiesen wurde [13]), für eine Gläubigervertretung hinsichtlich des Anfechtungsrechts zu gelten. (Im übrigen ist für den Schutz der Gläubiger durch deren besondere Organe, die Gläubigerversammlung und den fakultativen Gläubigerausschuß, die ausschließlich ihren persönlichen Interessen dienen, bereits genügend gesorgt.)

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich der Masse steht dem Konkursverwalter somit nicht vertretungsweise, sondern — wie die im folgenden darzustellende „Amtstheorie" annimmt — als eigene Befugnis zu.

---

12) Der Vergleich mit dem Antragsrecht des Vormundes im Schutzaufsicht- oder Fürsorgeerziehungsverfahren für das Mündel (so Jaeger, Lehrb. S. 27) dürfte hier m. E. nicht passen. Jene Verfahren dienen dem unmittelbaren Interesse des Vertretenen, die oben erwähnten Maßnahmen aber in erster Linie dem Dritter, der Gläubiger.

13) Vgl. dazu I 5 b d. Arbeit.

6. Stellungnahme zur „Amtstheorie" unter grundsätzlicher Billigung, aber unter Ablehnung des Verwalterhandelns im „eigenen Namen".

a) Der Standpunkt der Amtstheorie.

Während die vorhergehend erörterten Theorien gemeinsam eine privatrechtliche Vertreterstellung des Konkursverwalters annehmen und sich nur, was allerdings von vornherein gegen sie spricht, hinsichtlich der Person des Vertretenen nicht einigen können, ist die Ansicht der „Amtstheorie"[1]) eine völlig andere. Sie betrachtet den Verwalter als ein formellrechtliches Verfahrensorgan und bringt damit eine ganz neue Auffassung. Ihr Entstehen, das bis in das Ende des vorigen Jahrhunderts zurückreicht, erklärt sich aus den tiefgreifenden Wandlungen, die sich seither in der prozessualen Rechtslehre und Rechtsprechung vollzogen haben. Bis dahin hatte man im Anschluß an das römische und das gemeine Recht prozessuale Erscheinungen mit materiellrechtlichen Folgen grundsätzlich privatrechtlich zu erfassen gesucht: Die Parteien als Personen und die sich für sie verwirklichenden materiellen Rechte und Pflichten schienen im Mittelpunkt der prozeßrechtlichen Beziehungen zu stehen. Allmählich setzte sich aber die Ansicht durch, daß das Verfahren, in dem sich die Parteien gleichsam in einem anderen Bereich unter Leitung und Beteiligung des autoritären Staates gegenübertreten, nicht einseitig nach seinen Ergebnissen zu betrachten, sondern von den materiellen Rechtsverhältnissen, mit denen es sinngemäß in Berührung tritt, zu trennen sei. Man begann daher, parallel der Staatsrechtslehre, die nicht mehr wie früher in der Enteignung einen „Zwangskauf", in der Beamtenanstellung einen besonderen Dienstvertrag, sondern ausgesprochene Hoheitsakte erblickte, prozessuale Institute, die mit dem Zivilrecht besonders eng verbunden zu sein schienen, einer anderen, formell-öffentlichrechtlichen Sphäre einzuordnen. Dahin gehören z. B. die „Partei", die „Rechtskraft", aber auch verfahrensmäßig beteiligte Organe wie der Gerichtsvollzieher und — hier besonders interessierend — der Konkursverwalter. Im folgenden wird veranschaulicht werden, daß die formale Auffassung

---

1) Vgl. dazu u. a. RGZ. 29, 30; 35, 31; 52, 333; 53, 9; 66, 114; 80, 418; 99, 166; Fischer, Lehrb. d. pr. PrR., S. 776; Recht u. Rechtschutz, S. 45; Kiehl, ZZP. 30, 291 ff.; Sauer, Grundlagen, S. 303; Stegemann, ZZP. 17, 350 ff.; Stein-Jonas, Kom. Bd. I Vor. § 50 u. Vor. § 50 I 2.

bzgl. des Konkursverwalters freilich noch nicht folgerichtig durchgeführt wird. Der von der Amtstheorie entwickelte „Verwalter"-begriff ist nicht, wie sie im allgemeinen betont, ein einheitlich geschlossener. Er trägt vielmehr — einerseits nach der formellrechtlichen, andererseits nach der materiellrechtlichen Seite orientiert — einen unlöslichen Widerspruch in sich.

Zunächst muß jedoch der Standpunkt der „Amtstheorie", die durch Ablehnung der „Vertretertheorien" schon grundsätzlich gebilligt wurde, gekennzeichnet werden.

Sie betrachtet einerseits das Tätigkeitsgebiet des Verwalters, das Amt als solches [2]), im Verhältnis zu den Verfahrensbeteiligten. Dabei stellt sie fest, daß der Verwalter niemanden „vertreten" könne: Seine Befugnisse gingen über den Rechtskreis aller Personen, die als Vertretene in Betracht kommen könnten, hinaus. Der Gemeinschuldner bedürfe ferner als voll geschäftsfähig keines Vertreters. Der zwischen dem Schuldner und den beteiligten Gläubigern bestehende Interessengegensatz, den der Verwalter auszugleichen habe, schlösse außerdem eine gesetzliche Vertretung grundsätzlich aus. Der Konkursverwalter sei daher „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetze entnehme" [3]).

Andererseits behauptet sie, daß der Verwalter, sobald er in Erfüllung der ihm durch § 6 KO. übertragenen Aufgaben aus dem geschilderten Bereich heraus zu dritten Personen privatrechtlich oder prozessual in Beziehung trete, „kraft eigenen Rechts im eigenen Namen" [4]) handele. Dabei werde er mit Rücksicht auf die Art seines Amtes nicht für seine eigene Person berechtigt oder verpflichtet.

Die Erörterung wird sich den obigen Ausführungen anschließen und im folgenden zunächst das Amt des Verwalters als solches und sodann dessen Handeln berücksichtigen.

---

2) Vgl. dazu RGZ. 29, 30 ff.
3) RGZ. 29, 36.
4) Vgl. u. a. 80, 418; 99, 166; Stein-Juncker, Grundriß, S. 417.

b) Der Konkursverwalter als Träger eines formell-rechtlichen Amts.

Die Kennzeichnung des Konkursverwalteramts durch die Amtstheorie ist begründet.

Der Konkursverwalter ist „Amtsträger", aber unstreitig nicht „Beamter" [1]). Ein Beamtenverhältnis setzt im staatsrechtlichen Sinne [2]) das Vorhandensein eines besonderen Gewalt- und Treueverhältnisses voraus. Unerheblich ist dabei, ob man als Grundlage dieser Beziehung einen öffentlichrechtlichen Dienstvertrag", einen „Hoheitsakt auf Unterwerfung" oder einen „zweiseitigen Verwaltungsakt" annehmen will. Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamtenrechts vom 30. 6. 1933 verlangt außerdem bei Neuanstellungen, daß „obrigkeitliche" Aufgaben wahrzunehmen seien, sowie — als formelles Erfordernis — die Aushändigung einer Urkunde, welche die Worte „unter Berufung in das Beamtenverhältnis" enthält und rechtsbegründende Wirkung hat. Diese Merkmale treffen auf den Konkursverwalter nicht zu. Im übrigen schlösse die Beamteneigenschaft auch eine Vertreterstellung nicht aus [3]).

Das „Amt" des Konkursverwalters umfaßt zunächst — wie jedes — einen Inbegriff von Geschäften, die seinem Träger nicht um seiner selbst, sondern um fremder Interessen willen übertragen worden sind. — Die Errichtung von Ämtern erfolgt jeweils zu öffentlichen Zwecken, d. h. sobald sich eine staatliche Fürsorge, die über eine bloße Förderung hinausgehen muß, als notwendig erweist. Eine Unterscheidung der einzelnen Ämter kann daher dem Zwecke nach nicht erfolgen; die Abgrenzung muß vielmehr deren Inhalt berücksichtigen. Unter diesem Gesichtspunkt ergeben sich drei Arten von Ämtern:

Ein öffentlichrechtliches Amt mit Staatsorganscharakter, d. h. ein Inbegriff öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten, ist das des Konkursverwalters jedenfalls nicht.

Er hat aber auch kein eigentliches „Privatamt" inne. Unter diesem ist, wie beispielsweise die verschiedenen Vormundschaften und Pflegschaften zeigen, ein Amt zu verstehen, das entweder den privatrechtlichen Interessen eines Einzelnen oder konvergierenden

---

1) Vgl. dazu RGSt. 19, 86; Brand, Beamtenrecht, S. 13, 14, 30.
2) Nur dieser kommt hier in Betracht. (Der Beamtenbegriff ist für die einzelnen Rechtsgebiete ein durchaus verschiedener.)
3) Vgl. § 32 JWG.

Interessen mehrerer Personen dient. Interessenkollision schließt daher von der Ausübung aus und erfordert die Bestellung eines Sondervertreters. (Vgl. §§ 1795, 1915 BGB.) — Gemeinsam ist diesen Ämtern, daß das vertretene Rechtssubjekt infolge unvollkommener Willensfähigkeit, Abwesenheit oder Unbekanntheit die ihm durch einen bestimmten Rechtskreis zugewiesenen Aufgaben, insbesondere die Verwaltung von Vermögensgegenständen, nicht zu erledigen vermag. In diese ausschließlich materielle Rechtssphäre muß deshalb der Amtsträger eintreten, um an seiner Stelle zu handeln. Gewisse öffentlichrechtliche Befugnisse und Pflichten können auch hier mit Rücksicht auf den öffentlichen Zweck des Amtes und das fremde Interesse des Rechtsträgers, der willensmäßig keinen Einfluß nehmen kann, gegeben sein. Sie berühren aber den eigentlich zivilrechtlichen Charakter des „Privatamtes" nicht. —

Das Amt des Konkursverwalters gehört dagegen der dritten Art von Ämtern an, die einem bestimmten Verfahrenszweck untergeordnet sind [4]). Ihre Träger treten nicht in die bestimmte Rechtssphäre eines Einzelnen, diesen bei allen Verwaltungshandlungen ersetzend und — gleich diesem selbst — nur dessen Interesse wahrnehmend, ein. Sie werden vielmehr kraft orginärer Rechtsstellung zu einem übergeordneten Verfahrenszweck als unparteiische Vermittler zwischen verschiedenen, oft entgegengesetzten Interessen für die Staatsaufgabe der Rechtspflege und Rechtsverwirklichung tätig. Ihr Amt ist daher trotz Fehlens von Zwangsbefugnissen demjenigen — gleichfalls für jene Zwecke handelnder — öffentlicher Amtsträger mit Staatsorganscharakter angenähert. Das den Privatämtern wesentliche Stellvertretungsverhältnis kommt für sie nicht in Betracht. Nur das Ergebnis ihres Handelns ist, sofern es zur Rechtsänderung oder Verpflichtung des Vermögenssubjekts führt, das entsprechende, während die Voraussetzungen völlig andere sind.

Beispiele für derartige Amtsträger bilden der Vergleichsverwalter (§§ 38 ff. VglO.), der Sachwalter der Gläubiger (§§ 91 ff. VglO.), der Zwangsverwalter (§§ 150, insbes. 152 ZVG.) und der Testamentsvollstrecker (§§ 2197 ff. BGB.) [5]). Dagegen gehört der

4) Vgl. dazu Kiehl, ZZP. 30, 291 ff.; Stegemann, ZZP. 17, 332 u. 344.

5) Vgl. dazu RG. in Konk. Treuh. 1932, 101; f. d. Vertrauensperson: Stegemann, ZZP. 17, 332, 344; f. d. Zw. Verw. u. Testamentsvollstr. Kiehl, ZZP. 30, 291 ff.; RGK. (1934) Bd. I § 164, 2.

gemäß §§ 15, 2 REG., 85 EHRV. bestellte Nutzverwalter nicht zu diesen Personen. Er bekleidet zwar ein „Amt“ [6]), soweit er fremdnützig die Gemeinschafts- und Sippenbelange wahrt, die eine Ausmerzung ehrloser Personen aus dem als „Blutquelle“ des deutschen Volkes besonders wertvollen Bauernstande und eine sachgemäße Nutzung des Bodens fordern, den der Einzelne als Lebensgrundlage des ganzen Volkes nicht willkürlich, sondern nur vermöge einer ihm von jenem treuhänderisch empfangenen Berechtigung bewirtschaften darf. Infolge des ihm gleichzeitig verliehenen eigenen Nutzungsrechts [7]) und der entsprechenden Ermächtigung zur Prozeßführung im „eigenen“ Namen (§ 91, 3 EHRV.) kann er aber mit den obengenannten Amtsträgern, die ausschließlich für fremde Interessen handeln, nicht in Parallele gestellt werden. — Diese sind, wie bereits hervorgehoben, zur Wahrung und Ausgleichung verschiedener, meist entgegengesetzter Interessen bestellt. Sie werden deshalb, wie sich im einzelnen gegen die auch hier verfochtenen „Vertretertheorien“ [8]) nachweisen läßt, bei Rechtsgeschäften innerhalb ihres Aufgabenkreises als niemandes Stellvertreter tätig. Im übrigen unterscheidet sich ihre Tätigkeit nur nach dem Zweck der betreffenden Verfahren: Der Vergleichsverwalter, dessen Unabhängigkeit gegenüber den Gläubigern und dem Schuldner das Gesetz in § 38 Vgl. O. noch besonders hervorhebt, hat lediglich „die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung des Schuldners und seiner Familie zu überwachen“. Er ist daher im Gegensatz zum Konkursverwalter, obwohl auch das Vergleichsverfahren eine Befriedigung der Gläubiger nach den sozialen Gedanken einer Gefahren- und Verlustgemeinschaft erstrebt, grundsätzlich nicht befugt, Rechtshandlungen für den Schuldner vorzunehmen. Nur ausnahmsweise kann er an Stelle des Schuldners tätig werden, indem er beispielsweise die Einstellung von Zwangsvollstreckungen oder auch die Eintragung eines Widerspruches oder einer Berichtigung im Grundbuche beantragt [9]). Seinen Befugnissen entsprechen im wesentlichen die des Sachwalters der Gläubiger. Dieser hat den Schuldner bis zur

6) Hennig, Reichserbhofrecht zu § 15 IV 4 b β.
7) Über dessen Inhalt § 91 EHRV.
8) Vgl. u. a. f. d. Vergl. Verw. Bley, Kom. z. alt. Vgl. O. § 40 I 2; f. d. Zwangsverwalter Jäckel-Güthe, S. 665; für den Testamentsvollstrecker Kipp, Erbrecht, S. 396, 677, Hellwig, Anspruch, S. 74, 236 ff.
9) Vgl. Bley, Kom. z. alt. Vgl. O. § 40 I 2.

Erfüllung eines abgeschlossenen Vergleiches oder bis zum Eintritt der in diesem festgesetzten Bedingungen zu überwachen. (§ 91 Vgl. O.) — Der Zwangsverwalter ist zwar zur Vornahme von Rechtshandlungen für den Schuldner berechtigt und verpflichtet; diese haben aber — anders als die des Konkursverwalters — nicht der Veräußerung, sondern der Erhaltung und ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Grundstückes zu dienen. — Der Testamentsvollstrecker, dessen Stellung manche Abweichungen von derjenigen der anderen drei Amtsträger aufweist, ist nicht in ein eigentliches Verfahren eingeschaltet. Er wurde aber vom Gesetze geschaffen, um die sich aus der Testierfreiheit [10]) ergebenden Aufgaben, insbesondere auch Streitigkeiten zwischen den erbrechtlich in Betracht kommenden Personen, zu regeln. Er soll daher grundsätzlich ein Auseinandersetzungsverfahren nach den Vorschriften der freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit ersetzen. —

Das Amt des Konkursverwalters dient, wie in den früheren Ausführungen bereits hervorgehoben wurde, ausgesprochen verfahrensrechtlichen Zwecken. Der Staat bedient sich seiner, um die zwangsweise Verwertung ganzer Vermögen durchführen zu können. Er verleiht ihm dabei aus praktischen Gründen zwar keine Staatsorganstellung, gleicht seine formellrechtlich zu erfassenden Befugnisse aber in gewissem Sinne denjenigen derartiger Organe an. Die Ansicht des Reichsgerichts (Bd. 29, 36), daß es sich um „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetze entnehme", handele — also einen formellrechtlichen Amtsträger, der eine Mittelstellung zwischen einem eigentlichen Staatsorgan und einem privatrechtlichen Vermögenspfleger innehabe — ist somit zu billigen. Dieser Rechtsstellung entspricht aber, wie im folgenden ausgeführt werden soll, nicht das von der Amtstheorie unterstellte Handeln im „eigenen" Namen. Insoweit muß also eine Einschränkung getroffen werden.

c) Der Konkursverwalter als weder im eigenen noch im fremden Namen handelndes Rechtspflegeorgan.

Der Konkursverwalter hat nicht nur Maßnahmen tatsächlicher Art zu treffen, sondern vor allem auch privatrechtliche Willenserklärungen abzugeben und Prozeßhandlungen vorzunehmen. Die

10) So Kiehl, ZZP. a. a. O. S. 309. —

Vertreter der erörterten Theorien sind sich grundsätzlich darin einig, daß die materiellrechtlichen Wirkungen solcher Rechtshandlungen nur die Konkursmasse, d. h. als deren Subjekt den Gemeinschuldner (unter Beschränkung der Haftung auf die Masse) bzw. die Konkursmasse selbst — falls sie als juristische Person bezeichnet wird —, nicht den persönlich desinteressierten Verwalter treffen könnten [1]). Selbstverständlich wird dabei vorausgesetzt, daß dieser ausdrücklich oder den Umständen nach in seiner Eigenschaft als Verwalter innerhalb seines gesetzlichen Wirkungskreises handele [2]).

Dem Ergebnis ist von vornherein zuzustimmen. Das Verfahren richtet sich gegen den Schuldner bzw. dessen konkursbefangenes Vermögen. Ohne Rechtshandlungen des Verwalters wäre die Masse weder zu verwalten noch zu verwerten. Ihre Erweiterung oder Schmälerung muß sich daher billigerweise für die Gläubiger, in deren Interesse das Verfahren durchgeführt wird, auswirken. Streitig ist aber die rechtliche Begründung, die mangels unmittelbarer gesetzlicher Regelung nur in der rechtlichen Natur der von dem Konkursverwalter vorgenommenen Handlungen gefunden werden kann.

Für die Vertretertheorien, die den Verwalter als Vertreter der Konkursmasse selbst oder des Gemeinschuldners betrachten, ergibt sie sich zwangslos aus dem Wesen der „Stellvertretung", des Handelns mit unmittelbaren Rechtsfolgen für den Vertretenen. Diejenigen, die eine Vertretung der Konkursgläubiger annehmen, können sie ebenfalls ohne weiteres mit dem Wesen der vertretenen „Beschlagsgemeinschaft" der Konkursgläubiger, die einerseits das Beschlagsvermögen in andere Werte umsetzen, andererseits auch mit ihm haften müsse, erklären [3]).

Schwierigkeiten entstehen erst, wenn man, wie vorstehend ausgeführt, zu einer Ablehnung der Vertretertheorien gelangt. In der Konkursordnung fehlen unmittelbare Anhaltspunkte hinsichtlich der Haftung, wie sie in § 46 östr. KO. [4]) gegeben sind; insbe-

---

1) Vgl. dazu Jaeger, Kom. Bd. I § 6 Anm. 6 u. 19, Lehrb., S. 26; Petersen, ZZP. 9, 19; Kohler, Lehrb., S. 380 u. Leitfaden, S. 204; RGZ. 80, 418.

2) Nach § 164, 2 BGB., der von den Vertretertheorien unmittelbar angewandt werden kann, während er für die Amtstheorie entsprechend zu gelten hat.

3) Vgl. Kohler, Lehrbuch, S. 340.

4) § 46 östr. KO.: „Masseforderungen sind: .... 2. alle Ansprüche aus Rechtshandlungen des Masseverwalters.

sondere ist dem § 59, Ziff. 1 KO. nichts zu entnehmen. Die Vorschrift begründet keine allgemeine Verpflichtung der Masse durch Handlungen des Konkursverwalters. Sie setzt vielmehr voraus, daß nach anderen Bestimmungen Ansprüche aus dessen Tun oder Unterlassen „entstehen" und ordnet für diesen Fall deren Vorwegberichtigung als „Masseschuld" an [5]). Die im Bürgerlichen Gesetzbuch für Sondervermögen ausdrücklich geregelten [6]) oder die bei der Zwangsvollstreckung in einzelne Gegenstände sinngemäß eintretenden Surrogationswirkungen scheinen zwar eine Analogie nahezulegen. Surrogationsfolgen treten aber im Bürgerlichen Recht nur ausnahmsweise auf Grund besonderer Bestimmung ein. Auch sind die Handlungen des Verwalters mit Zwangsvollstreckungsakten nicht ohne weiteres gleichzusetzen. Die Amtstheorie stützt sich daher auch nicht auf einzelne Vorschriften. Sie verweist allgemein darauf, daß der Verwalter ein lediglich für das Konkursverfahren geschaffenes Organ sei und infolgedessen aus seinen Handlungen grundsätzlich weder persönlich berechtigt noch verpflichtet werden könne. Trotzdem nimmt sie an, daß er dabei im „eigenen" Namen [7]), also in eigentlich zivilrechtlicher Funktion, handele, eine, wie Dölle [8]) hervorhebt, mit seiner Rechtsstellung unvereinbare Ansicht:

„Wer als Verwalter handelt, handelt rechtsgeschäftlich und prozessual überhaupt nicht im Namen eines bestimmten Subjekts, auch nicht im eigenen Namen, sondern als eine neutrale, mit der Wahrnehmung ganz divergierender Interessen betraute Person, die kraft Gesetzes durch ein solches Handeln Rechtsfolgen bald in der Sphäre dieses, bald in der jenes Rechtssubjekts hervorruft."

Unter diesem Gesichtspunkt soll die Tätigkeit des Konkursverwalters, und zwar zunächst diejenige im privaten Rechtsverkehr, die für das Problem dieser Arbeit wesentlicher als die Stellung in Prozessen ist, näher geprüft werden:

Das Handeln im „eigenen" Namen bildet den Gegensatz zu demjenigen im „fremden" Namen. Die letztere Bezeichnung wird häufiger gebraucht als jene, weil es sich im allgemeinen von selbst

5) Jaeger, Kom. Bd. II § 59 Anm. 1.
6) Vgl. dazu die §§ 1048, 1075, 1287, 1370, 1381, 2041, 2111 BGB.
7) So u. a. RGZ. 80, 418; Fischer, Pr. Pr.R., S. 747.
8) RVHWB. Bd. V, S. 147.

versteht, daß der Handelnde persönlich von den Rechtsfolgen seiner Willenserklärungen betroffen sein will. Es bedarf daher nur die Ausnahme, daß diese unmittelbar auf einen anderen bezogen werden sollen, der Hervorhebung. (Vgl. dazu § 164, 2 BGB.) — Handeln im „fremden" Namen bedeutet dem sprachlichen und rechtlichen Sinne nach, wie Schloßmann im einzelnen nachweist[9]), daß jemand unter Ausschaltung seiner Person an eines anderen Stelle handelnd auftritt und — sofern dabei gleichzeitig die internen Rechtsbeziehungen zu jenem ersichtlich werden — auch noch die ihm dadurch verliehene Rechtsmacht des anderen betont. Handeln im „eigenen" Namen kann demgegenüber nur die ausdrückliche oder nach § 164, 2 BGB. unwiderlegbar vermutete Kundgabe des Willens, die Folgen der Erklärung persönlich zu tragen und gleichzeitig die Inanspruchnahme eigener Handelnsmacht bedeuten. Für den modernen Rechtsverkehr, der keine Personalhaft kennt, ist dabei die Bezeichnung der betreffenden Person als solcher — soweit nicht persönliche Eigenschaften den Vertrag inhaltlich berühren — unerheblich. Der Gegner will vielmehr der Erklärung entnehmen können, an wessen Vermögen er sich halten darf. Der im „eigenen" Namen Handelnde gibt also sein Einverständnis, durch die Erklärung irgendwie, sei es auch nur als weitere Folge einer Prozeßhandlung, in seiner materiellen Rechtssphäre betroffen zu werden. Eigenes Interesse in dem Sinne, daß ihm der Erklärungsgegenstand auch zum persönlichen Vorteil gereichen soll, ist dabei nicht erforderlich: Wer einen Vertrag zugunsten Dritter abschließt oder etwas aus seinem Vermögen schenkt, verändert zwar seine materielle Rechtsstellung durch den Erwerb eines Anspruchs (in den Fällen der §§ 328, 333 BGB.) oder den Verlust eines Rechts uneigennützig. Er handelt aber zweifellos im „eigenen" Namen. Immer wird man in solchen Fällen jedoch ein Interesse an dem Erwerb seitens des Begünstigten annehmen können.

Die Amtstheorie müßte also nach obigen Ausführungen über den Begriff des Handelns im „eigenen" Namen folgerichtig zu dem Ergebnis führen, daß der Konkursverwalter aus seinen Willenserklärungen einerseits, wie Jaeger bemerkt[10]), mangels einer konkursrechtlichen Surrogationsklausel eigene materielle Rechte erwerbe, andererseits aus ihnen auch persönlich verpflichtet würde.

9) Vgl. Schloßmann, Stellvertretung, S. 115 ff.
10) Vgl. Jaeger, Kom. Bd. I § 6 Anm. 6.

Daß diese Wirkungen mit der verfahrensrechtlichen Stellung des Verwalters unvereinbar wären, wurde aber schon oben erwähnt. Es würde sich sonst auch kaum jemand zur Übernahme eines Verwalteramts bereiterklären. Die Amtstheorie verkennt aber bei ihrer rechtlichen Konstruktion, daß sämtliche Merkmale eines Handelns im eigenen Namen tatsächlich nicht gegeben sind:

Die Ansicht ist u. a. wohl deshalb entstanden, weil ihre Vertreter gewöhnlich davon sprechen, daß der Verwalter ein „eigenes" Recht im „eigenen" Namen geltend mache[11]), ohne sich dabei die Natur dieses Rechts näher zu vergegenwärtigen. Wer ein „Recht" auf einen ihm persönlich zustehenden materiellen Anspruch stützt, wird allerdings im eigenen Namen, sachlich und persönlich interessiert, handeln. Das Recht des Konkursverwalters, der keine dinglichen Rechte an der Masse, insbesondere kein treuhänderisches Eigentum, erwirbt, ist aber nicht von dieser Art. Es bedeutet vielmehr nur die ihm gesetzlich verliehene fremdnützige Macht, über seinen eigenen Rechtsbereich hinaus, in den fremden des Gemeinschuldners und anderer Personen übergreifen zu können. Als solchermaßen Berechtigter gibt er durch sein Auftreten eindeutig zu erkennen, daß er in seiner persönlichen Rechtssphäre nicht betroffen sein, sondern nur das Schicksal der Masse vermöge des ihm gesetzlich verliehenen originären Verwaltungs- und Verfügungsrechts gestalten, also für verfahrensrechtliche Zwecke tätig werden will. Persönlich ist er an den rechtlichen Folgen seiner Willenserklärungen uninteressiert. Er wird grundsätzlich nur bestrebt sein, bei deren Abgabe seine Amtspflichten gewissenhaft zu erfüllen. Danach fehlen alle vorhergehend festgestellten Merkmale eines Handelns im „eigenen" Namen. Das Ergebnis mag zunächst befremden: Materielle Rechtswirkungen durch „neutrale" Willensäußerungen — eine für den privaten Rechtsverkehr an sich unmögliche Begriffsbildung — entstehen grundsätzlich nur, wenn der Staat selbst in hoheitlicher Funktion durch seine Organe — etwa bei der eigentumsübertragenden Erteilung des Zuschlags in der Zwangsversteigerung (§ 90 ZVG.) oder der schuldtilgenden Überweisung einer Forderung an Zahlungs Statt (§ 835 ZPO.) — in die Erscheinung tritt. In solchen Fällen handelt es sich freilich um eigentliche „Staatsakte", wie sie der Konkursverwalter nicht vornehmen kann. Seine Stellung ist aber derjenigen

11) Vgl. dazu RGZ. 80, 418; Stein-Jonas, Kom. Bd. I § 50 Vor. 2.

unmittelbar-staatlicher Zwangsvollstreckungsorgane insofern angenähert, als er in formeller, quasi-öffentlicher Funktion, unabhängig von den Beteiligten, für übergeordnete Verfahrenszwecke tätig wird. Der ausschließlich der privatrechtlichen Sphäre angehörende Begriff des Handelns im „eigenen" Namen ist daher für ihn, der kein „Privatamt", sondern eine an ein öffentliches Amt mit Staatsorganscharakter angrenzende Stellung inne hat, nicht mehr verwendbar, vielmehr ein Handeln in niemandes Namen anzunehmen [12]). —

Obwohl das Problem dieser Arbeit die Bedeutung einer materiellrechtlichen Vorschrift im Konkurse umfaßt, darf an der prozeßrechtlichen Stellung des Verwalters nicht völlig vorübergegangen werden, weil das Vorhandensein des Anspruches aus § 817 BGB., das noch erörtert werden wird, die Frage nach der Rolle des Verwalters bei dessen prozessualer Durchsetzung entstehen läßt.

Die moderne Prozeßrechtslehre und die Rechtsprechung bezeichnen den Verwalter überwiegend als „Partei" [13]). Dem Ergebnis, das durch § 114, 3 ZPO. bereits mittelbar vom Gesetz selbst bestätigt wird, ist ohne weiteres zuzustimmen. Der Verwalter wird in seiner Rechtsstellung als unabhängige, niemand vertretende Person tätig. Das Prozeßrecht, das nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Verwirklichung bestehender Rechtsverhältnisse ist, hat sich also anzupassen. Die Begründung der Amtstheorie bedarf jedoch auch hier der Abänderung, weil der von ihr entwickelte Parteibegriff, der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, der besonderen Natur des Verwalteramts nicht gerecht wird. Hierzu soll zunächst ihr Standpunkt vergegenwärtigt werden:

Die älteren Vertreter der Prozeßrechtslehre betrachteten von ihrer materiellrechtlichen Anschauung aus nur die Subjekte des geltendgemachten materiellen Rechtsverhältnisses als „Parteien" [14]). Die moderne prozeßrechtliche Auffassung hat dagegen auch hier die grundsätzliche Lösung des öffentlichen Verfahrensrechts von den materiellrechtlichen Beziehungen vollzogen und einen „for-

---

12) Soweit die Person des Handelnden als solche — wie bei der Anfechtung nach § 119 ff. BGB. in Betracht kommt — ist § 166 BGB. entsprechend anzuwenden.

13) Vgl. Stein-Jonas, Kom. z. ZPO. Bd. I Vor. § 50 I 2 u. d. dort Zit.: RGZ. 29, 37: Fischer, Lehrbuch des pr. Pr.R., S. 776, Recht und Rechtsschutz, S. 45: Kiehl, ZZP. 30, 316.

14) So z. B. Wach, zit. ZZP. 30, 316.

mellen" Parteibegriff entwickelt [15]). Danach sind diejenigen Personen „Partei", von denen oder gegen die im „eigenen" Namen die betreffende Staatshandlung verlangt wird. Das streitige Rechtsverhältnis wird zwar im allgemeinen, braucht aber zwischen den Parteien nicht zu bestehen. Es wird grundsätzlich nur ein eigenes rechtliches Interesse zur Rechtfertigung des prozessualen Begehrens gefordert. Bei den sogen. „Parteien kraft Amtes", zu denen auch der Konkursverwalter zählt, berücksichtigt man, daß das nur technisch verwirklichende Verfahrensrecht die Trennung, die das materielle Recht zwischen dem von fremder Seite zu verwaltenden Vermögen und dem Subjekt dieser Rechte vollzogen hat, nicht wieder aufheben darf, indem es die Parteistellung dem Letzteren zuerkennt: Es soll daher sinngemäß genügen, daß das Gesetz selbst diese Personen mit der Wahrnehmung fremder Rechte und Interessen betraut hat [16]). Die Ansicht findet bereits in der Zivilprozeßordnung unmittelbaren Anhalt, da diese mit der Zulässigkeit eines nach § 58 ZPO. für ein derelinquiertes Grundstück bestellten Vertreters, der mangels eines Eigentümers tatsächlich niemand „vertreten" kann [17]), den Begriff schon ungewollt eingeführt hat.

Im übrigen wird zutreffend anerkannt, daß zahlreiche Vorschriften der Zivilprozeßordnung auf den „materiellrechtlichen" Parteibegriff, dessen Merkmale im Normalfall vorliegen, zugeschnitten und daher u. a. auf den nicht selbstberechtigt, sondern fremdnützig handelnden Konkursverwalter nicht anzuwenden sind [18]). Die persönlichen Rechtswirkungen werden beispielsweise beim Gerichtsstand oder bei der Kostenpflicht von dem materiellberechtigten Gemeinschuldner abgeleitet bzw. auf ihn bezogen. Die auch nach der Konkurseröffnung fortbestehenden Bindungen zwischen der Person des Rechtsträgers und seinem lediglich von fremder Seite geltendgemachten Recht werden also sinngemäß erhalten.

Diese an sich richtigen Rechtsfolgen werden aber von der Amtstheorie auch damit begründet, daß der Konkursverwalter

15) Vgl. dazu Stein-Jonas, Kom. z. ZPO. Bd. I Vor. § 50 I; Fischer, Lehrbuch d. pr. Pr.R., S. 776; Recht und Rechtsschutz, S. 45; Kiehl, ZZP. 50, 316 ff.; Oetker, Konkr. Grundbegriffe Bd. I, S. 317.

16) Vgl. Stein-Jonas, Kom. z. ZPO. Bd. I Vor. § 50 I 2.

17) Vgl. Stein-Jonas, Kom. Bd. I § 58 II.

18) Vgl. Stein-Jonas, Kom. Bd. I Vor. §§ 50 II, 91 I, 2, 325 VI 1; Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, S. 303; ferner § 327 ZPO.

prozessual im „eigenen" Namen handele. Er wäre also im wahren Sinne des Wortes mit seiner Person und seinem Vermögen — was ja gerade verneint werden soll — beteiligt. Man muß sich also hier von dem „materiellrechtlichen" Parteibegriff noch weiter freimachen und in Vollendung des „formellen" Parteibegriffs annehmen, daß der Verwalter im Prozeß ebenfalls — seiner sonstigen Rechtsstellung entsprechend — lediglich als in niemandes Namen handelndes Verfahrensorgan auftrete. Von diesem Standpunkt aus erklärt es sich dann zwanglos, daß alle materiellrechtlichen oder persönlichen Wirkungen — wie die des Gerichtsstandes, der Kostenpflicht oder der Rechtskraft[19]) — nur für oder durch den Gemeinschuldner als Masseträger entstehen: Der Verwalter hat als verfahrensrechtliches Organ insoweit für die rechtliche Betrachtung mit seiner gesamten Person auszuscheiden. —

Die Frage der „Sachlegitimation" (richtiger dem „formellen" Parteibegriff zufolge als „Recht zur Prozeßführung" bezeichnet)[20]) bereitet keine Schwierigkeiten: Der Verwalter muß in Massestreitigkeiten kraft der ihm durch § 6 KO. eingeräumten originären Befugnis zur Ausübung der gemeinschuldnerischen Rechte ohne weiteres als der „richtige" Kläger oder Beklagte erscheinen. —

Als Gesamtergebnis ist also festzustellen, daß der Konkursverwalter, ohne irgendwie mit seiner Person bzw. seinem Vermögen eingeschaltet zu werden, innerhalb seines Wirkungsbereiches durch privatrechtliche Willenserklärungen oder Prozeßhandlungen ersatzweise für dritte Personen — sei es der Gemeinschuldner bzgl. der Masse, seien es die Konkursgläubiger bzgl. der Konkursanfechtung oder Dritte — Rechtswirkungen erzeugt. Diese Ansicht entspricht einerseits dem eingangs dargestellten System der „staatlich überwachten" Selbstverwaltung. Mit ihr — als Kompromißlösung zwischen privatrechtlichem und publizistischen Prinzip — wäre ein privatrechtlicher Vertreter fast ebensowenig vereinbar wie ein in Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen handelnder Staatsbeamter. Sie wird andererseits aber auch der im deutschen Wesen begründeten[21]) Tendenz zu einer Verstärkung des staatlichen Einflusses und einer Betonung des formellen Gesichtspunktes, wie er

19) Die Urteilsformel ist bzgl. der evtl. Kostenlast u. der Rechtskraft völlig eindeutig, da der KV. im Urteilseingang in seiner amtl. Eigenschaft aufgeführt wird.
20) Stein-Jonas, Kom. Bd. I § 50 IV.
21) Vgl. I 3 d. Arbeit.

im § 38 der neuen Vergleichsordnung hinsichtlich der Stellung des Vergleichsverwalters bereits Ausdruck gefunden hat, am ersten gerecht.

7. Ergebnisse der Rechtsvergleichung.

Angesicht des erörterten Meinungsstreits in Deutschland interessiert die Lösung in fremden Rechten. Es wird daher im folgenden auf die Rechtsstellung des Konkursverwaltungsorgans in einzelnen anderen europäischen Staaten eingegangen. Im Anschluß daran soll festgestellt werden, ob gewisse Parallelen zwischen ausländischem und deutschem Recht mit Rücksicht auf die — mehr oder minder starke — gegenseitige Beeinflussung und Abhängigkeit aller europäischen Rechtsordnungen zur weiteren Begründung des vorhergehend dargestellten Endergebnisses dienen können. (Da das englische, das französische und das spanische Recht weniger gemeinsame Merkmale mit dem deutschen aufweisen als die Rechte des deutschen Rechtskreises, sollen jene vorweggenommen und hernach erst die österreichische und die schweizerische Regelung dargestellt werden.)

a) Die Konkursverwaltung des englischen Rechts.

Die Ausgestaltung des englischen Rechts hat mit den Rechtsordnungen des europäischen Festlandes wenig gemeinsam, eine Erscheinung, der man dort fast auf allen Rechtsgebieten begegnet. Die Insellage des Landes und der in rechtlicher Beziehung streng konservative Charakter des englischen Volkes verhinderten ein Übergreifen des römischen Rechts [1]) und der sogen. Kodifikationsbewegung, denen die übrigen europäischen Rechte mehr oder minder unterlagen. Infolgedessen weisen sie gewisse Angleichungen auf, die dem englischen Recht, das sich vollkommen selbständig auf der gegebenen rassischen, geistigen und wirtschaftlichen Grundlage entwickelt hat, fehlen. Das Überwiegen des angelsächsischen, bei geringerem Einfluß des normannischen Elements führte zu einer vorwiegend praktisch ausgeprägten Begriffsbildung, die sich zumeist mit einem Gewohnheits- an Stelle eines Gesetzesrechts begnügen konnte. Das Konkursverfahren als kompliziertere Materie beruht ausnahmsweise auf „statute law", d. h.

1) Das zwar auch das englische Recht etwas beeinflußte, Rechtsinstitute und Denkart aber grundsätzlich unberührt ließ. (Vgl. dazu d. Zivilgesetze d. Gegenwart Bd. II, England, S. 6.)

einer Reihe von Gesetzen, die seit dem Jahre 1542 erlassen wurden. Maßgebend sind jetzt — von der nicht konkurs-, sondern liquidationsrechtlichen Sonderregelung für die „companies“ [2]), die Handelsgesellschaften mit Rechtspersönlichkeit, abgesehen — die Bankruptcy Acts von 1914 und 1916 nebst Schedules. Sie neigen ganz überwiegend zum privatrechtlichen Prinzip, das sich bereits im 18. Jahrhundert unter dem Einfluß individualistischer Strömungen, insbesondere der Forderung nach wirtschaftlicher Freiheit gegenüber merkantilistisch-staatlicher Bevormundung durchgesetzt hat. Es hat sich hauptsächlich wohl deshalb bis heute erhalten, weil eine möglichst intensive eigene Wahrnehmung der Gläubigerinteressen dem Geschäftsgeist des englischen Volkes am besten entspricht.

Unter jenem Gesichtspunkt erfolgt die Aufgabenverteilung unter die am Verfahren beteiligten Organe:

1. den „High Court“ und die „county courts“ (Konkursgerichte mit örtlich abgegrenzter Zuständigkeit, deren Funktionen in der Hauptsache einem „registrar“ [3]), der dem Anwaltsstand angehört, und im übrigen einem „judge“ überwiesen sind);
2. dem „Board of Trade“ (eine der obersten englischen Staatsbehörden, die vorwiegend in Handelssachen tätig wird, mit einem besonderen Bankruptcy Department unter einem Inspector General in Bankruptcy);
3. dem „meeting of creditors“ (Gläubigerversammlung);
4. dem „committee of inspection“ (Gläubigerausschuß) und
5. dem eigentlichen Verwaltungsorgan, dem „trustee“.

(Der High Court entscheidet außerdem auf „appeal“ als übergeordnete Instanz.)

Die Befugnisse der einzelnen Organe — mit Ausnahme der des trustee — interessieren hier nicht näher. Es sei nur hervorgehoben, daß das Konkursgericht grundsätzlich nicht von Amts wegen in Tätigkeit tritt und auf eigentlich richterliche Handlungen zurück-

---

2) Vgl. B. A. s. 126, Companies Act 1929 (1908) — in England sind juristische Personen nicht konkursfähig, da sie keine „acts of bankruptcy“ i. S. von B. A. s. 1 begehen können. Weitere Gründe sind nach Eckstein, Engl. Konkursrecht, S. 2, der besondere Aufbau der companies und der früher maßgebliche Gedanke, daß die Konkursfähigkeit mit Rücksicht auf die „discharge“ (darüber die spät. Ausf.) und das dadurch ermöglichte Emporarbeiten ein Privileg der Einzelkaufleute sei.

3) B. A. s. 102; R 6.

gedrängt ist. Seine Aufgaben beschränken sich im wesentlichen auf Entscheidungen, eidliche Vernehmungen, Anordnung von Beschlagnahmen und Durchsuchungen. — Nicht dem Gericht, sondern dem Board of Trade, der dafür seiner Struktur nach geeigneter erscheint, liegen gewisse verwaltungsmäßige Handlungen ob. Die wichtigsten sind die Bestellung und Abberufung des Konkursverwalters sowie dessen Beaufsichtigung. — Die Rechte der Gläubigerversammlung und des fakultativen Gläubigerausschusses sind im Sinne weitgehender Gläubigerautonomie ausgestaltet. — Die starke Hinneigung zum „privatrechtlichen Prinzip" erhält ihren besonderen Ausdruck in der eigentümlichen, materiellrechtlichen Stellung des „trustee". Ihr entspricht auf Seiten des Schuldners eine weitergehende Machtentziehung, als sie § 6 deutsch. KO. vorsieht.

Für die Regelung des Verwalteramts ist entscheidend, daß der geschäftsfähig bleibende Gemeinschuldner alle Rechte hinsichtlich seines Vermögens verliert. Der Verlust tritt mit der „adjudication" [4]) (Bankrotterklärung) ein, der grundsätzlich ein Zwischenverfahren vorausgeht. Es wird durch die „receiving order" [5]) eingeleitet, ist mit einer Sequestration des Schuldnervermögens verbunden und bezweckt den Abschluß eines Zwangsvergleichs („composition" oder „scheme of arrangement"). Scheitert es, gehen — wie hervorgehoben — die Rechte des Schuldners auf den Konkursverwalter über. Nach dem Verfahrenszweck erwirbt er sie aber nicht zu eigennützigem Recht, sondern als Treuhänder der Konkursgläubiger. Er erhält also die vollen dinglichen oder obligatorischen Rechte, ist aber als „nominal" owner in der Ausübung den wirtschaftlich berechtigten Konkursgläubigern gegenüber schuldrechtlich im Sinne einer verfahrensgemäßen Vermögensverwendung beschränkt.

Diese — den übrigen europäischen Rechtsordnungen fremde Regelung — ist einerseits ein Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung. Die ersten Konkursgesetze dienten vorwiegend der Bekämpfung von Bankrotthandlungen. Als deren strafrechtliche Folge wurde u. a. das Vermögen des Schuldners nicht mehr als diesem, sondern einem Treuhänder der Gläubiger zustehend angesehen [6]). Das englische Recht, der Beseitigung althergebrachter

4) B. A. s. 18.
5) B. A. s. 3.
6) Eckstein, a. a. O. S. 1—3.

Formen grundsätzlich abgeneigt, hat das Ergebnis beibehalten. Vor allem konnte dadurch Verfügungen des Gemeinschuldners während der „relation-back"-Zeit auf einfache Weise entgegengewirkt werden [7]). Andererseits ist der „Treuhänder" (übrigens eine typisch germanische Rechtsfigur, der wir auch im älteren deutschen Recht in der Gestalt des „Salmanns" begegnen) ein dem englischen Recht für fremdnützige Vermögensverwendung durchaus geläufiges Rechtsinstitut. So werden die zwischen Vater oder Vormund und Minderjährigem hinsichtlich der Vermögensverwaltung entstehenden Rechtsbeziehungen grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der „Treuhand" geregelt. Auch die Vorstände juristischer Personen werden als in treuhandähnlicher Stellung angesehen [8]). Im Falle des Konkurses mag auch noch der Gedanke eines „Abandons" hineinspielen: Der Gemeinschuldner hat meistens die „discharge", d. h. die in einem besonderen Verfahren für weiteren — an sich konkursbefangenen — Neuerwerb erteilte Schuldbefreiung zu erwarten [9]). Er wird also in gewisser Weise mit dem Vermögensverlust einverstanden sein. —

Der Schuldner verliert sein Vermögen bereits bei der Bankrotterklärung. Es muß daher schon von diesem Zeitpunkt an bis zur Beendigung des Verfahrens stets ein „trustee", ein Vermögensträger, vorhanden sein. Der eigentliche trustee soll jedoch erst von den Konkursgläubigern gewählt und vom Board of Trade ernannt werden; auch kann er im Verlauf des Verfahrens durch Tod oder Amtsenthebung fortfallen und ist dann auf dem üblichen Wege durch einen anderen zu ersetzen. Infolgedessen braucht das englische Recht zwei Arten von Konkursverwaltern: den „official receiver" als Ersatzverwalter und den von den Gläubigern gewählten „trustee" [10]). Beide Organe unterscheiden sich insoweit nur in ihrer Außenstellung.

Der official receiver wird vom Board of Trade für alle Konkurse eines Distrikts bestellt. Er wird im vorhergehenden Sequestrationsverfahren als Verwalter und im Konkurse selbst — außer als Ersatzverwalter — noch für sonstige Zwecke tätig [11]). Nach B. A. 70 (1) ist er sowohl „officer" des Board of Trade wie des Court. Dieser Begriff deckt sich hier, obwohl das englische Recht sonst

7) Vgl. für die Rückwirkung des Konkurses die späteren Ausführungen; für die obige Begründung Eckstein, a. a. O. S. 3.
8) Zivilrecht Englands, S. 588.
9) B. A. ss. 26, 28 (2).
10) Der im folgenden allein so bezeichnet werden soll.
11) U. a. wirkt er im Dischargeverfahren mit.

zwischen öffentlichem und zivilem Recht nicht streng unterscheidet, ausnahmsweise nahezu mit dem des deutschen Beamten[12]).

Der trustee wird nach B. A. s. 19 im allgemeinen von den Gläubigern gewählt. Nur, wenn diese die Wahl verzögern, wird er vom Board of Trade zunächst selbständig bestellt. In den besonderen, nicht eigentlich konkursrechtlichen Verfahren der B. A. ss. 129, 130 gilt der official receiver ausnahmsweise als „trustee"[13]). Die Wahl wird von der Gläubigerversammlung selbst oder in deren Auftrag vom Gläubigerausschuß vorgenommen, wobei auch mehrere Verwalter mit der Bestimmung, ob sie zusammen oder nebeneinander handeln sollen, bestellt werden können[14]). Gewählt werden können Gläubiger und Nichtgläubiger mit Ausnahme des official receiver. Meist wird ein Bücherrevisor Verwalter[15]). Die Ernennung selbst erfolgt durch den Board of Trade, der sie aber nur aus bestimmten Gründen verweigern darf[16]). Der Amtsbeginn, der zeitlich mit der Bestätigung zusammenfällt, ergibt sich aus der Bestallungsurkunde. — Auch der trustee gilt als „officer" des Court, allerdings in mehr privatrechtlichem Sinne als der official receiver. Er genießt infolgedessen besonderen Schutz. Andererseits ist er aber auch verpflichtet, auf Verlangen des Court gewisse Anstandspflichten, die als „honourable" erscheinen, zu erfüllen[17]).

Inhaltlich bestehen zwischen dem Amt des official receiver als Ersatzkonkursverwalter und dem des trustee keine Unterschiede. Ihr Aufgabenkreis erhält seine besondere Ausgestaltung durch die materielle Berechtigung der Verwalter: Durch den Staatsakt der adjudication gehen grundsätzlich sämtliche vorhandenen Vermögensrechte des Gemeinschuldners und künftig aller Neuerwerb bis zur Erteilung der discharge[18]) automatisch auf den jeweiligen trustee bzw. den official receiver als Ersatzkonkursverwalter über

12) Eckstein, a. a. O. S. 98 Anm. 4.
13) Jedoch können die Gläubiger im Falle des B. A. 129 (Masse von geringerem Wert) einen trustee wählen. Durch seine Ernennung wird das Verfahren in den kostspieligeren ordentlichen Konkurs übergeleitet.
14) B. A. ss. 19 (1); 77 (1).
15) Eckstein, a. a. O. S. 86.
16) B. A. ss. 19 (1, 2 und 5); R. 153, 329, 330.
17) Vgl. dazu Ringwood-Roper, Principles of Bankruptcy, S. 258.
18) B. A. ss. 26, 28 (2): Befreiung des würdigen Schuldners von den Konkursschulden mit der Maßgabe, daß nur das bereits auf den Konkursverwalter übergegangene Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger dient.

(B. A. ss. 18 (1), 38. 33 (1). 33) [19]). Die Rechtsnachfolge wird sogar zurückbezogen auf den Zeitpunkt, den das englische Recht als eigentlichen Konkursbeginn betrachtet. Das ist derjenige, in welchem die erste Bankrotthandlung (act of bankruptcy) [20]) seitens des Gemeinschuldners während der letzten drei Monate, die zum Erlaß der receiving order geführt hat, begangen wurde.

Jedoch werden hierbei gewisse Einschränkungen im Interesse des Rechtsverkehrs, der Rechts- und Sozialpolitik sowie der internationalen Rechtsbeziehungen anerkannt [21]). Vor allem kann und darf der Schuldner, um ihm nicht alle Selbständigkeit und Arbeitsfreude zu nehmen, nach B. A. s. 47 entgeltlich und „bonâ fide", d. h. „honestly", in einer für den Vertragsgegner redlichen Weise [22]), über Neuerwerb verfügen. Allerdings gilt dies nur, wenn der Konkursverwalter nicht vor Vollendung des Rechtsgeschäfts sein hier nur „theoretisch" vorhandenes Treuhandrecht interventionsweise geltend macht und damit praktisch und unwiderruflich die Massezugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes begründet [23]). Ob bei derartigen Verfügungen das subjektive Recht, wie

19) Die durch die „legal ownership" verliehene Machtstellung kann leicht zum Mißbrauch, insbesondere zu Veruntreuungen führen; unter den Voraussetzungen des B. A. s. 19 (1) hat der gewählte trustee daher vor Amtsantritt Sicherheit zu leisten. (Beim official receiver als Ersatzverwalter ist eine gewisse Gewähr durch die stärkeren beamtenrechtlichen Bindungen gegeben.)

20) Vgl. B. A. s. 1.

21) Gutgläubiger Erwerb ist in der Konkursrückwirkungszeit bis zur receiving-order in bestimmten Grenzen möglich — nachträglich bis zur adjudication grundsätzlich nicht mehr, was im Hinblick auf die Bestimmung des B. A. s. 47 innerlich nicht gerechtfertigt erscheint. Von der von Amts wegen erfolgenden Registrierung der vorl. creditors notice ab, die nach der Registrierung des Verfahrenseinleitungsantrags geschieht, gelten für Grundbesitz Sondervorschriften (vgl. zu allem Ringwood-Roper, a. a. O. S. 113 ff., 116 ff.; Dölle, RVHWB. Bd. V, S. 86; über die rechtliche Bedeutung der Registrierung: Zivilrecht Englands S. 398 ff.). — Vgl. ferner B. A. s. 38 (2), der in etwa dem § 811 ZPO. entspricht und die zu B. A. s. 31 hinsichtlich der „personal earnings" (zum Unterhalt des Schuldners und seiner Familie erforderliche Werte aus dem Neuerwerb) entwickelte Rechtsprechung. (Williams, Law and Practice of Bankruptcy, S. 348.) — Auch wird trotz Anerkennung des „Universalitätsprinzips" der Rechtsübergang bei Gegenständen, die sich im Ausland befinden, anscheinend wegen der in den meisten Rechtsordnungen üblichen Sonderregelung für Grundstücke auf Mobilien beschränkt (Eckstein, a. a. O. S. 340).

22) Kenntnis der Bankrotterklärung seitens des Vertragsgegners unerheblich (Williams, a. a. O. S. 339, 341).

23) Nach Eckstein, a. a. O. S. 125, 145, gehört der Neuerwerb „nur theoretisch unmittelbar kraft Gesetzes zur Masse" und muß in Wirklichkeit erst durch eine Handlung des Verwalters zur Masse gezogen werden. In der Tat muß der trustee, wie auch B. A. s. 38

Ringwood-Roper annimmt [24]), soweit es der Zweck erfordert, von dem an sich berechtigten Konkursverwalter auf den Schuldner überspringt, ist zweifelhaft. Richtiger erscheint mir die bei Williams [25]) angeführte Ansicht, daß der Schuldner als „agent" (ein hier dem deutschen mittelbaren „Stellvertreter" etwa entsprechender Begriff) des Verwalters handele: Letzterer soll nach dem Willen des Gesetzes grundsätzlicher Gesamtrechtsnachfolger sein.

Die Rechtshandlungen des Verwalters wirken sich einerseits dem Wesen der Treuhand zufolge rechtsmehrend — allerdings mit weitgehender Surrogationswirkung für das Treuhandvermögen — für ihn selbst aus. Er kann daher u. a. auch, soweit ein Rechtsübergang an Grundstücken ausnahmsweise registerpflichtig ist, seine persönliche Eintragung „upon the bankruptcy" beanspruchen [26]). Andererseits treffen ihn aber alle vorhandenen und neuentstehenden Verbindlichkeiten. Doch wird ihm dabei aus Billigkeitsgründen als „privilege" ein weitgehendes „right of disclaimer" gewährt [27]), d. h. er kann sich durch Ausschlagung des belasteten Rechts von der Haftung befreien. —

Die Aufgaben des Konkursverwalters betreffen — wie in jedem Recht — vor allem die Sammlung, Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Konkursmasse, darüber hinaus aber in verstärkter Ausgestaltung des privatrechtlichen Prinzips neben der Einberufung von Gläubigerversammlungen [28]) auch die selbständige Prüfung, evtl. Schätzung und Feststellung der Forderungen [29]). Dabei darf er zufolge der ihm hier verliehenen quasi-richterlichen Funktionen nach Sch. II R. 27 sogar Eide („oaths" oder „affidavits") zur Aufklärung aller Umstände („in relation to proofs") abnehmen. (Diese Forderungsfeststellung hat freilich, wenn sich

---

(2 a) bestätigt, wenigstens „theoretisch" berechtigt sein; sonst könnte er durch die bloße Intervention wegen der im englischen Recht für die Übertragung von Eigentum geltenden Formen nicht berechtigt werden. (Vgl. über Wesen u. Wirken der Intervention auch Williams, a. a. O. S. 339, 341, 342, 228.)

24) S. 140: „The transaction .... will divest the property from the trustee and vest it in such manner and to such extend as may be required for giving effect to the transaction."

25) S. 340.

26) Vgl. Williams, a. a. O. zu B. A. s. 18, S. 98; B. A. s. 53 (4); Zivilrecht Englands, S. 403.

27) B. A. s. 54.

28) Sch. I. R. 5, B. A. s. 79 (2).

29) Vgl. Sch. II R. 2, 23, 25, 26; B. A. s. 30.

der Gläubiger nicht damit begnügt und das Konkursgericht anruft, nur die Bedeutung einer Vorabentscheidung) [30]).

Der Verwalter handelt an sich nach freiem Ermessen (B. A. s. 79 [4]), wenn er auch das Konkursgericht um Weisungen angehen darf. Er unterliegt aber weitgehender Aufsicht seitens der Gläubigerorgane und des Board of Trade, der u. a. von ihm gemäß B. A. s. 87 (2) Ersatz des von ihm verursachten Schadens für die Masse verlangen kann. Gewisse Rechtshandlungen bedürfen der Zustimmung des Gläubigerausschusses [31]) oder, falls dieser fehlt, derjenigen des Board of Trade, der seine Befugnis auf den official receiver übertragen darf [32]). Darüber hinaus können die Gläubigerversammlung und der im Gegensatz zum deutschen Recht von dieser abhängige [33]) Gläubigerausschuß dem Verwalter allgemeine Anweisungen erteilen. Diese sind von ihm, soweit sie nicht rechtswidrig sind oder dem Gläubigerinteresse offenbar widerstreiten, ohne weiteres zu befolgen. Die Gläubigerversammlung kann den gewählten trustee gemäß B. A. s. 93 (1) sogar selbständig seines Amts entheben. Außerdem kann ihn der Board of Trade als staatliche Aufsichtsbehörde aus verschiedenen Gründen abberufen [34]). In der Regel endet sein Amt dagegen erst mit der „release", der Entlastung, die nach Konkursbeendigung seitens des Board of Trade zu erteilen ist [35]). —

Die Rechtsstellung des englischen Konkursverwalters ist demnach völlig anders geregelt als diejenige des deutschen: Dieser handelt als nur formellrechtlich befugtes Verfahrensorgan — den Grundsätzen der „staatlich überwachten" Selbstverwaltung entsprechend. Jener wird als materiellberechtigter Sachwalter der Gläubiger tätig — zufolge der Neigung zum privatrechtlichen Prinzip und den sonstigen Eigentümlichkeiten des englischen Rechts. Rechtsvergleichende Argumente für die „Amtstheorie" können infolgedessen dem englischen Recht nicht entnommen werden.

---

30) B. A. s. 30 (5), Sch. II R. 25.

31) Vgl. dazu insbes. B. A. ss. 55—58.

32) Ob Rechtsgeschäfte des Konkursverwalters bei Fehlen der Zustimmung unwirksam sind, ist zweifelhaft; für Prozeßführung wird es verneint. (Vgl. Eckstein, a. a. O. S. 83.)

33) B. A. s. 79 (1).

34) Darüber Eckstein, a. a. O. S. 90.

35) B. A. s. 93 (5).

b) Die Konkursverwaltung in Rechten des romanischen Rechtskreises (Frankreich und Spanien).

Das französische Konkursrecht weicht zwar gegenüber dem deutschen im allgemeinen nicht derart ab wie das englische. Es schränkt insbesondere die „Gläubigerautonomie" zugunsten der „Gerichtsherrschaft" erheblich ein. Andererseits hebt es aber den Einfluß der Gläubiger, wenn auch vor kurzem noch gewisse überflüssige und verfahrenshemmende Befugnisse der Gläubigerversammlung beseitigt wurden [1]), durch die Regelung einer Gläubigerhypothek, der Erteilung spezieller Aufträge an die Verwalter sowie der sogen. „union" [2]) stärker als die deutsche Konkursordnung hervor [3]). Infolgedessen wird aus deutschem Rechtsdenken fremden Gedankengängen heraus von der herrschenden Rechtslehre und Rechtsprechung [4]) eine privatrechtliche Vertreterstellung der Konkursverwaltung angenommen: Die „syndics" gelten in erster Linie als Vertreter der Konkursgläubiger, der „créanciers dans la masse" [5]). Daneben werden sie als Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet. —

Die Artt. 437 ff. C. com. sehen lediglich für Kaufleute ein Konkursverfahren vor. Seine Ausdehnung auf Nichtkaufleute wird bereits von verschiedenen Kreisen gefordert [6]). Doch konnten sich die betreffenden Bestrebungen noch nicht durchsetzen. Das erklärt sich u. a. daraus, daß schon die Einzelzwangsvollstreckung im französischen Recht bei Vorhandensein mehrerer Gläubiger sowie unzureichendem Objekt zur anteilmäßigen Befriedigung der Beteiligten führt. Auch bietet die sogen. „déconfiture" einen gewissen Schutz bei Insolvenz von Nichtkaufleuten [7]). — Das Kon-

1) Vgl. d. décret-loi v. 8. 8. 1935, das die Bestellung der Verwalter im vorangehenden Zwangsvergleichsverfahren allein dem Gericht überträgt, im Forderungsprüfungsverfahren die Gläubigerversammlung als solche ausschaltet und durch die Mitwirkung der einzelnen beteiligten Gläubiger ersetzt. (Über die Bedeutung des décret-loi: Savatier, La Réforme de la Procédure de Faillite.)

2) Ein besonderer Zusammenschluß der Konkursgläubiger nach Scheitern des gesetzlich vorgesehenen Zwangsvergleichsverfahrens bzw. bei Fehlen eines Zwangsvergleichsvorschlags seitens des Schuldners.

3) Artt. 490, 517 — 533 — 529, 1 C. com.

4) Vgl. Percerou, Des Faillites, insbesondere Bd. I, S. 145, Bd. II, S. 237, 283 ff.; Lacour-Bouteron, Précis de Droit Commercial, Bd. II, S. 463; T. Léh, La Faillite, S. 94.

5) Bez. z. Unterschied von den „Massegläubigern", den „créanciers de la masse".

6) Vgl. T. Léh, a. a. O. S. 29.

7) Vgl. dazu I 1 Anm. 1 d. Arb. — über d. „déconfiture": Artt. 1188, 1863, 2003 C. civ.; Lacour-Bouteron, a. a. O. Bd. II, S. 360, 362.

kursverfahren selbst wird auf Betreiben eines Gläubigers, des Schuldners oder — freilich selten — von Amts wegen eröffnet [8]). Seine Aufgaben sind verteilt zwischen dem „tribunal de commerce", einem mit drei Richtern besetzten Kollegialgericht, an dessen Stelle meist der von diesem bestimmte „juge-commissaire" [9]) handelt, der „assemblée des créanciers", den fakultativen „contrôleurs", dem Gläubigerausschuß und dem „syndic", dem Konkursverwalter (evtl. auch mehreren).

Der Schwerpunkt des Verfahrens liegt — wie in den meisten Rechten — bei dem Letzteren. Er übt die Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Gemeinschuldners aus, da dieser durch das sogen. „dessaisissement" des Art. 443 dazu unfähig ist. Das gilt auch für den Neuerwerb, der im französischen Recht zur Masse fällt.

Nach Art. 462 C. com. in der Neufassung des décret-loi vom 8. 8. 1935 ernennt der „tribunal de commerce" im Konkurseröffnungsurteil einen oder mehrere — jedoch höchstens drei — nach Art. 463 grundsätzlich gemeinsam handelnde Verwalter. Eine Mitwirkung der Gläubiger findet dabei nicht mehr statt. Die Verwalter werden in den größeren Städten vielmehr dem Gerichtsgebrauch nach besonderen Listen entnommen. Diese werden von öffentlichrechtlichen, vom tribunal de commerce überwachten Berufsverbänden [10]), denen nur hauptamtliche Anwärter in beamtenähnlicher Eigenschaft und in beschränkter Zahl angehören, aufgestellt. — In Gerichtsbezirken von geringerer Bedeutung werden Vertreter geeignet erscheinender Berufe ohne irgendeine Bindung des Gerichts ernannt (avoués [11]), Notare u. a.). Im übrigen dürfen die syndics gemäß Art. 463 mit dem Gemeinschuldner nicht bis zum 4. Grade (einschließlich) verwandt oder verschwägert sein. Sie bleiben nunmehr [12]) während des ganzen Zwangsvergleichsverfahrens in Tätigkeit. Erst nach dessen Scheitern und der Entstehung der „union" können jene syndics durch das Gericht ersetzt werden, nachdem die Gläubigerversammlung durch den juge-

8) Art. 440.

9) Für seine Befugnisse vgl. insbesondere Artt. 452, 477, 482, 566.

10) Vgl. Percerou, a. a. O. Bd. II, S. 239 ff.; Savatier, a. a. O. S. 5; Lacour-Bouteron, Bd. II, S. 464.

11) Die Funktionen des deutschen Anwalts sind in Frankreich zwischen dem „avoué" und dem „avocat" verteilt. Ersterer bereitet die Rechtsangelegenheiten vor allem in Schriftsätzen vor; letzterer plädiert insbesondere vor Gericht. Den avocats verbietet die Standesehre die Annahme von Verwaltermandaten.

commissaire befragt wurde. („Syndics d'union" oder „du concordat par abandon d'actif" — Artt. 529, 562 ff.)

Die Tätigkeit der Verwalter ist im wesentlichen die gleiche wie in allen Rechten. Eine Besonderheit entsteht aber durch den zu Beginn des Verfahrens gesetzlich vorgesehenen Zwangsvergleichsversuch. Er teilt das Verfahren in einen Sequestrations- und einen Verwertungsabschnitt ein, wodurch der Verwaltung mehr oder minder enge Grenzen gezogen sind. Die Überwachung erfolgt durch den Richterkommissar, den fakultativen Gläubigerausschuß und das Gericht. Letzteres kann jeden syndic auf Anregung des Richterkommissars, eines Gläubigers oder des Schuldners wegen Unfähigkeit oder Amtsmißbrauchs entlassen.

Die syndics sind zwar keine Beamte, wohl aber Träger eines besonderen „ministère de service public" [13]), das besonderen strafrechtlichen Schutz genießt. Hinsichtlich ihrer Rechtsstellung wird — wie bereits hervorgehoben — eine gesetzliche Doppelvertretung von Gläubigern und Schuldner (mit grundsätzlich auf die Masse beschränkter Verpflichtungsmöglichkeit) angenommen. Dementsprechend sollen sie auch nach Mandatsgrundsätzen haften [14]). Die Vertretung des Schuldners stützt sich darauf, daß dieser Subjekt der Konkursmasse bleibt und von den Rechtswirkungen der Verwalterhandlungen dem Sinn des Verfahrens nach persönlich betroffen werden muß [15]). Bezüglich der Gläubiger bestimmt Art. 532 wörtlich, daß die Verwalter die „masse des créanciers" vertreten. Die juristische Konstruktionen hierzu weichen voneinander ab [16]). Manche behaupten, die Gesamtheit der Konkursgläubiger bilde bis zur union „une sorte de communauté forcée, fortuite, ayant pour double fin la diminution de la perte de tous et la distribution de tous, pour modo crediti cuyusque à la perte commune présumée certaine" [17]). Im Zustande der „union" seien

12) Seit dem décret-loi vom 8. VIII. 1935: Die Möglichkeit ihrer Ersetzung durch die erste Gläubigerversammlung nach 2 Wochen und damit die Unterscheidung zwischen „s. provisoire" und „s. définitif" wurde aufgehoben. Die Verwalter waren meist keine besonderen Vertrauensleute der Gläubiger — eine Voraussetzung, von der der C. com. ausging. Sie wurden auch praktisch selten ersetzt, sodaß sich die bisherige Regelung als überflüssig und verfahrensverschleppend erwies. Es handelt sich also nicht um eine eigentliche Zurückdrängung der privaten Gläubigerautonomie, sondern um eine den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung tragende Regelung.

13) Percerou, a. a. O. Bd. II, S. 246.

14) Ebenda S. 283.

15) Percerou, a. a. O. Bd. II, S. 247.

16) Percerou, a. a. O. Bd. II, S. 283, 289.

17) Delamarre et le Poitevin, zit. Percerou Bd. I, S. 135.

sie dagegen zu einer juristischen Person zusammengeschlossen. Andernfalls sei das prozessuale Auftreten des Verwalters als Massemandatar mit der französischen Grundregel, daß niemand „par procureur" prozessieren dürfe, unvereinbar [18]). Gegenstand der Vertretung soll vor allem ein Pfandrecht oder ein pfandähnliches Recht an der Masse sein, das für die Gläubiger durch die Konkurseröffnung entstehe [19]). Es soll nach einer Meinung mit der gesetzlichen Hypothek an vorhandenem und während des Verfahrens neu erworbenem Vermögen (Artt. 490. 517) identisch, nach einer anderen von ihr verschieden sein. Daneben soll den Gläubigern das Anfechtungs- sowie das (allerdings anders umschriebene) negative Herrschaftsrecht zustehen [20]). Die Gegenmeinung leugnet die Rechtspersönlichkeit der Masse und ein eigentlich dingliches Recht der Gläubiger. Sie gelangt aber trotzdem zur Annahme der Gläubigervertretung [21]). Sie stützt sich dazu auf das „gage général", die Gläubigerhypothek der Artt. 490. 517 sowie die Tatsache, daß die Nutzungen der Masse den Gläubigern zugute kommen. Auch stellt sie Rechts- und Interessenvertretung anscheinend gleich.

Diese Gedankengänge sind vom Standpunkt des deutschen Rechts aus schwer verständlich. Sie erklären sich aber u. a. aus folgendem: Das französische Recht nimmt zur Frage der juristischen Personen eine nachgiebigere Stellung ein als das deutsche [22]) und führt die Publizität und Spezialität dinglicher Rechte weniger streng durch [23]). Ferner läßt es die Akzesorietät des Pfandrechts, die mangels Vorhandenseins einer gemeinsamen Forderung der Gläubiger gegen die Pfandrechtslehre sprechen würde, gelegentlich durchbrechen [24]). Das zeigt insbesondere die im Konkurse — vielleicht unter Nachwirkung strafrechtlicher Gedanken [25]) —

---

18) Percerou Bd. I, S. 135, 138, Bd. II, S. 279, 281.
19) Ders. Bd. I, S. 135, 3, 161, 624; T. Léh, a. a. O. S. 128.
20) Percerou Bd. I, S. 146, 935, 936, 174; Lacour-Bouteron Bd. II, S. 409, 486.
21) Vgl. Percerou Bd. I, S. 138 zit. Meinungen 145 ff., 161.
22) Vgl. I, 5 a d. Arbeit.
23) Vgl. I, 5 b d. Arbeit.
24) Vgl. Artt. 2083, 724, 1220 C. civ. (Fortbestehen des Pfandes trotz Erlöschens der obligatorischen Verbindlichkeit des im französischen Recht nur bruchteilsmäßig haftenden Miterben.)
25) Der französische Konkurs hat noch heute einen „caractère infamant" (Lacour-Bouteron, a. a. O. S. 362). Er äußert sich u. a. in dem Verlust gewisser öffentlichrechtlicher und zivilrechtlicher Rechte des Schuldners und dessen gesetzlich vorgesehener, freilich nach Ausnahmebestimmungen selten erfolgender Inhaftie-

geregelte Gläubigerhypothek. Auch fehlt im C. civ. eine dem § 181 deutsch. BGB. entsprechende Vorschrift. Die Zulässigkeit des „Selbstkontrahierens" wird von der herrschenden Rechtslehre und Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt. Nur, wenn im konkreten Falle ein Mißbrauch wegen persönlichen Interesses des Vertretenen droht, werden die wenigen ein Verbot enthaltenden Ausnahmevorschriften von der Rechtsprechung — im Widerspruch mit einem Teil der Rechtslehre — analog angewandt [26]). Danach würde die Doppelvertretung durch die syndics, d. h. die gleichzeitige Wahrnehmung von Interessen verschiedener Personen, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht ohne weiteres widerstreiten.

Nach deutschen Gesichtspunkten würde näher liegen, ein Pfand- oder Beschlagsrecht der Gläubiger im Hinblick auf die — auch in Frankreich wenigstens dem Prinzip nach vorhandene — Publizität abzulehnen. Man hätte danach in der gesetzlichen Gläubiger„hypothek" an Stelle eines dinglichen Rechts — mangels einer gemeinsamen Gläubigerforderung — nur eine dem deutschen Konkursvermerk im Grundbuch ähnelnde Hervorhebung der im Interesse der Gläubiger erfolgten, öffentlichen Beschlagnahme zu erblicken [27]). Im Hinblick darauf, daß auch die syndics widerstreitende Interessen zum Ausgleich bringen sollen und damit als Gehilfen des Richters „un rôle d'agent d'exécution" [28]) einnehmen, könnte man auf diesem Wege für das französische Recht ebenfalls zur „Amtstheorie" gelangen. Derartige Gedankengänge sind aber der herrschenden Rechtslehre und Rechtsprechung durchaus fremd. Da man deutsches Rechtsdenken nicht ohne weiteres auf das französische, völlig anders ausgestaltete Konkursrecht übertragen darf, lassen sich dem französischen Recht also keine Argumente für die als richtig erkannte Amtsstellung des deutschen Konkursverwalters entnehmen. —

Im spanischen Recht ist die Rechtsstellung des Konkursverwalters im Gesetze ebenfalls nicht eindeutig bestimmt, im Gegensatz zu Frankreich aber umstritten. Das Problem wird

---

rung. Auch dient die „idée de fraude", d. h. das Mißtrauen bezüglich der Redlichkeit des Schuldners einem großen Teil der Rechtslehre zur inneren Begründung des „dessaisissement" (Percerou, Bd. I, S. 147).

26) Vgl. Planiol-Ripert, a. a. O. Bd. VI, S. 87 ff., Bd. I, S. 312; Zivilges. d. Gegenw. Bd. I S. 636.

27) So die h. L. z. Code von 1807, die in der Inskription nur eine besondere Publizitätsform des Konkurses erblickte — eine Auff., die für das heutige Recht nicht mehr aufrecht erhalten wird.

28) So Percerou, a. a. O. Bd. II, S. 283.

jedoch weniger häufig und eingehend als im deutschen Recht erörtert, da die bestehenden Meinungsverschiedenheiten anscheinend noch keine besondere praktische Bedeutung erlangt haben. Wesentlich für die rechtsvergleichende Betrachtung ist, daß eine Prüfung der gesetzlichen Vorschriften und der hierzu entwickelten Rechtslehre — trotz sonstiger erheblicher Abweichungen von spanischem und deutschem Konkursverfahren — zur Anerkennung der „Amtstheorie" führt. —

Das spanische Recht unterscheidet — wie die Pr. KO. von 1855 und heute noch einzelne moderne Rechte [29]) — zwischen nichtkaufmännischem und kaufmännischem Konkurs, dem „concurso" und der „quiebra" [30]). Die Unterscheidung findet nach de Benitos Ausführungen [31]) ihre Wurzeln nicht, wie Bonelli annimmt, im französischen C. com., sondern in den Ordonanzas von Bilboa und der spanischen Doktrin. Der kaufmännische Konkurs [32]) wird — den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechend — unter erleichterten Voraussetzungen eröffnet. Er ist in seiner Ausgestaltung, u. a. durch die Einschaltung eines dem Kaufmannsstande angehörenden Kommissars zur Überwachung und Unterstützung der Konkursverwaltung, den häufig verwickelten Rechtsverhältnissen und der oft großen Gläubigerzahl der Kaufleute angepaßt. Im übrigen gelten die Regeln des concurso subsidiär; es handelt sich also im wesentlichen um eine Parallelregelung.

Beide Verfahren stellen eine Verquickung von privatrechtlicher und publizistischer Auffassung dar. Dabei kommt die

29) Nach Jaeger, Lehrb. S. 11 u. a. noch Ungarn, Norwegen, Dänemark u. Rußland.

30) „Concurso" bezüglich der rein-materiellrechtlichen Wirkungen geregelt in Artt. 1911, 1913 ff. Cód. Civ. und im übrigen in Artt. 1156 ff. L. Enj. c. Die entsprechenden Vorschriften über die „quiebra" finden sich in Artt. 873, 874 ff. Cód. de Com. 1318 ff., L. Enj. c. (Unterscheidung zwischen der „quiebra" von Einzelkaufleuten, handelsrechtlichen Gesellschaften und gewissen öffentlichen Unternehmungen.)

31) De Benito in La Doctrina Española de la Quiebra, S. 102 gegen Bonelli, Il Fallimento, Bd. I, S. 14.

32) Die Ausf. sollen nur die quiebra der Einzelkaufleute berücksichtigen.

33) Art. 1913 Cód. Civ. setzt im concurso einen Schuldner voraus, „cuyo pasivo fuese mayor que el activo y (also außerdem) hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes". Für Kaufleute fordert Art. 874 lediglich, daß der betr. Kaufmann „sobresee en el pago corriente de sus obligaciones". Er setzt also keine evtl. schwer zu beweisende und als Konkursgrund mit Rücksicht auf den kaufmännischen Kreditverkehr nicht ohne weiteres maßgeblich erscheinende Überschuldung voraus.

letztere im Anschluß an die geschichtliche Entwicklung — insbesondere wohl durch den Einfluß der durch das römische Recht nie völlig verdrängten Rechtsanschauungen des westgotischen Eroberungsvolkes und die an Samoza anknüpfende Tradition — in weitgehenden staatlichen Mitwirkungs- und Überwachungsrechten zum Ausdruck. Daneben finden aber auch Selbstverwaltungsprinzipien Spielraum: So wird der Konkurs nicht von Amts wegen, sondern nur auf Betreiben des Schuldners oder der Gläubiger eröffnet [34]). Vor allem werden die drei „síndicos", wegen ihres gemeinsamen Handelns oft als „Sindicatura" bezeichnet, unabhängig von staatlicher Bestätigung durch die „junta general" (Gläubigerversammlung) bestellt. Im concurso werden sie nur mit deren Zustimmung, in der quiebra auf Antrag eines Gläubigers oder des Kommissars abberufen [35]). — Durch die Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner grundsätzlich auch hinsichtlich des Neuerwerbs die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis [36]), ohne daß eine Erweiterung der materiellen Gläubigerrechte — etwa durch eine dem französischen Recht entsprechende Gläubigerhypothek — im Gesetz irgendwelchen Anhalt findet. —

Die Konkursverwaltung ist im concurso und in der quiebra grundsätzlich gleich ausgestaltet. In beiden Verfahren ernennt der Richter bei der Konkurseröffnung eine geschäftsfähige, geeignete Person seines Vertrauens (Gläubiger oder Nichtgläubiger, den sogen. „depositario") [37]). Dieser hat als Sequester unter Leitung des Richters bzw. des Kommissars notwendige, insbesondere allbedürftige Verwaltungshandlungen bis zur Ernennung der síndicos vorzunehmen, ohne sein Amt nach der Annahme freiwillig niederlegen zu können.

Die síndicos werden von der Gläubigerversammlung durch namentliche öffentliche Abstimmung mit relativer Stimmenmehrheit der anwesenden stimmberechtigten Gläubiger selbständig bestellt [38]), (und in der Versammlung zwecks Qualifizierung der Forderungen von den als endgültig berechtigt festgestellten Gläubigern bestätigt). Der Richter bzw. der Kommissar kann also als

34) Art. 1156 L. Enj. c. — Artt. 873 Cód. de Com., 1323 L. Enj. c.
35) Artt. 1233—1348 L. Enj. c.
36) Artt. 1914, 1920 Cód. Civ.
37) Artt. 1173 2 a L. Enj. c. — 1044 4 a Cód. de Com. v. 1829 i. Verb. mit d. Decreto-ley v. 6. 12. 1868.
38) Vgl. Artt. 1210 ff. L. Enj. c. — 1346 Cód. de Com. v. 1829 i. d. Fass. d. Ges. v. 30. 7. 1878, Artt. 10 bis 1070 L. Enj. c. (dazu Manresa-Novarro, Kom. Bd. V, S. 386 ff.).

Versammlungsleiter nur die Gewählten „proklamieren“ [39]). Ihre Zahl muß — von der einzigen Ausnahme abgesehen, daß sich im concurso sämtliche anwesenden Gläubiger auf nur einen oder zwei Verwalter einigen — stets drei betragen [40]). — Für die Wahlfähigkeit gelten verschiedene Voraussetzungen: Im concurso können nur volljährige Männer nicht unter 25 Jahren [41]), die am Gerichtssitz wohnen, und zwar grundsätzlich in der Versammlung anwesende [42]) Konkursgläubiger, die kein Vorzugsrecht beanspruchen, in eigener Person (Vorzugsberechtigte oder Vertreter nur, wenn vorgenannte Personen nicht in Betracht kommen) gewählt werden [43]). Zwei von ihnen werden von der ganzen Gläubigerversammlung gewählt, wobei sich die Stimmenmehrheit nach den Forderungsbeträgen der abstimmenden Gläubiger berechnet. Der dritte wird, um die Interessen der kleineren Gläubiger zu schützen und die Alleinherrschaft des Großkapitals zu verhindern, von der Mehrzahl der überstimmten Gläubiger (evtl. auch nur einem) gewählt. Entscheidend ist hinsichtlich der Wahl der ersten beiden síndicos bei Stimmengleichheit die Kopfzahl bzw. bei deren Gleichheit das Los — bei Stimmengleichheit hinsichtlich des dritten síndico die Kapitalsmehrheit und schließlich das Los. Bei Fortfall eines síndico wird dieser nach den gleichen Grundsätzen durch Neuwahl ersetzt.

Ebenso werden die síndicos der quiebra bestellt, die physische Personen, und zwar Volljährige von mindestens 25 Jahren [44]), Gläubiger oder deren Stellvertreter, möglichst Kaufleute oder wenigstens gewesene Kaufleute sein müssen, die ihren gewöhnlichen Wohnsitz am Ort des Konkursverfahrens haben.

Die Befugnisse der Verwalter sind im wesentlichen in beiden Verfahren die gleichen. Sie werden für drei Gebiete, die interne Masseverwaltung, die Prüfung der Teilnahme- und Rangberechtigung der angemeldeten Forderungen und die sogen. „Qualifizie-

39) Vgl. Manresa-Novarro, Kom. Bd. V, S. 108.
40) Die Dreizahl wurde gewählt, damit sich bei Meinungsverschiedenheiten der Verwalter eine Ansichtsmehrheit bilden kann.
41) Das Gesetz verlangt zwar 25 Jahre, soll aber nach Manresa-Novarro, a. a. O. Bd. V, S. 111 durch Art. 320 Cód. Civ., der das Volljährigkeitsalter auf 23 Jahre herabsetzt, geändert worden sein.
42) Die abwesenden Gl. erscheinen als desinteressiert; auch könnten sie ablehnen und die Wahl zwecklos machen, während bei den anwesenden Gl. infolge der Wahlöffentlichkeit der Annahmewille von vornherein festzustellen ist.
43) Diese Personen gelten naturgemäß als besonders interessiert.
44) Anm. 41.

rung" des Konkurses tätig. Dabei bestehen im concurso weitgehende Überwachungs- und Eingriffsrechte seitens des Richters, in der quiebra daneben solche des kaufmännisch geschulten Kommissars. Im einzelnen sind die Verfahren — im Gegensatz zu der beweglicheren Regelung der deutschen Konkursordnung — durch zahlreiche Förmlichkeiten gebunden [45]). Das erscheint zwar auf der geschichtlichen Grundlage des Attraktivsystems verständlich, muß aber von unserem Standpunkt aus die Abwicklung des Konkurses erschweren und verlangsamen.

Hinsichtlich der Rechtsstellung der síndicos bzw. des depositario, die in beiden Verfahren grundsätzlich gleich geregelt ist, finden sich im Gesetze keine unmittelbaren Anhaltspunkte. Art. 1218 L. Enj. c. gewährt ihnen zwar die Befugnis, „representar al concurso en juicio y fuera de él" (vgl. auch Artt. 1181, 1366 L. Enj. c.). Es erscheint aber zweifelhaft, ob das „representar" dort i. S. einer eigentlichen „Stellvertretung" oder einer nur tatsächlichen Ersetzung des Gemeinschuldners gebraucht wird. (Letztere Auffassung klingt in einer Entscheidung des Tribunal Supremo an.) [46]) — Die Lösung der Frage bleibt also auch im spanischen Recht der Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen.

Die Theorie einer Massevertretung scheint dort wenig Beachtung zu finden. Mit Recht trägt de Benito [47]) gegen sie vor — man möge zur Lehre der juristischen Personen stehen, wie man wolle — für eine Rechtspersönlichkeit der Masse sei von vornherein kein Raum. Der Gemeinschuldner bliebe Subjekt sämtlicher Masserechte; es handele sich daher lediglich um ein „patrimonio de garantía". — Nach ständiger Rechtsprechung des Tribunal Supremo sind die Verwalter und der Verwahrer gesetzliche Stellvertreter der Konkursgläubiger und gleichzeitig des Schuldners [48]). Gelegentlich wird auch nur eine Vertretung des Gemein-

45) Vgl. u. a. Artt. 1158, 1159 L. Enj. c. (form. Voraussetzungen d. Konkursantrages seitens eines Gl. — die obligatorische Dreizahl der Verwalter [auch in Kleinkonkursen] — 1230,. 1236 ff. L. Enj. c. (komplizierte Regelung des Verwertungsverfahrens — 1046 Cód. de Com. v. 1829 (Sicherungsformalitäten im Sequestrationsstadium) — Art. 1335 L. Enj. c. (Arrestierung des quebrado).

46) „Su personalidad (d. Sch.) con relación a cuánto se refiere al concurso, queda anulada y se transfiere a los síndicos, que son los representantes del mismo." (Sent. v. 19. 6. 1912, zit. b. Manresa-Novarro, Com. al C. Civ. Bd. 12, S. 603.)

47) De Benito, La Doctrina ..., S. 134, 140.

48) Sent. d. T. S. v. 17. 7. 1887 (zit. Manresa-Novarro, L. Enj. c. Bd. 5, S. 115); 20. 12. 1888; 5. 2. 1908; 3. 10. 1901 (zit. Benito, Derecho Mercantil Bd. 3, S. 826).

schuldners hervorgehoben [49]). — Die Rechtslehre nimmt i. d. R. gleichfalls eine Doppelvertretung an [50]). Doch findet sich auch die Ansicht, daß die Gläubiger, zusammengeschlossen zu einer „entidad colectiva", vertreten würden und die síndicos „mandatarios o delegados" derselben seien [51]).

Dagegen hebt de Benito [52]) ausdrücklich hervor: „Los órganos de administración no son mandatarios ni de aquéllos (d. Gl.) ni de éste (d. Sch.); son representantes legales de un interés social que puede, a veces, hacerles actuar tanto en defensa de los intereses del quebrado como del de los acreedores." Diesen Ausführungen, die sich eindeutig — vielleicht unter dem Einfluß der deutschen Rechtslehre, der in Spanien besonderes Interesse entgegengebracht wird — zur „Amtstheorie" bekennen, dürfte zuzustimmen sein. Auch das spanische Recht berücksichtigt im Konkurse neben den Interessen der Gläubiger in tunlichen Grenzen diejenigen des Schuldners. Unter diesen Umständen ist der Begriff der „gesetzlichen Vertretung" mit der formellen Amtsstellung der Sindicatura, die einander widersprechende und sich gegenseitig ausschließende Interessen von Gläubigern und Schuldner zu billigem Ausgleich bringen soll, ohne weiteres unvereinbar. Im übrigen fehlt es auch an einem Gläubigerrecht, das seitens der Verwalter vertretungsweise ausgeübt werden könnte [53]. — Jene öffentlichrechtliche, neutrale Amtsstellung entspricht den Grundanschauungen des westgotisch-germanischen Rechts, die sich im heutigen Foralrecht noch unmittelbar erhalten haben und auch auf sonstigen Rechtsgebieten fortwirken. Die darin liegende Angleichung an die deutsche Konkursordnung ist somit ohne weiteres zu erklären. —

---

49) Sent. v. 19. 6. 1912, zit. Manresa-Novarro, Com. al C. Civ. Bd. 12, S. 603.
50) Manresa-Novarro, L. Enj. c. Bd. V, S. 115.
51) Benito, Derecho Mercantil Bd. III, S. 818.
52) a. a. O. S. 139.
53) Gegen die im ital. Recht noch häufig vertretene „Pfandrechtslehre" de Benito (a. a. O. S. 135), der irgendwelche Äußerungen eines solchen Rechts im Verfahren vermißt.

c) Die Konkursverwaltung in Rechten des deutschen Rechtskreises (Österreich und Schweiz).

Die Rechtsordnungen Österreichs und der Schweiz stimmen mit der Deutschlands — der historischen und rassischen Schicksalsgemeinschaft der Völker und der Zusammenarbeit der Rechtslehre entsprechend — in ihren Grundsätzen im wesentlichen überein. Das gilt besonders von dem deutschen und dem österreichischen Rechtssystem und der sich aus ihnen ergebenden Rechtsstellung der Konkursverwaltungen.

Die geltende österreichische Konkursordnung vom 10. Dezember 1914 ist die Nachfolgerin derjenigen von 1868, die unter dem Einfluß der preußischen Konkursordnung von 1855 von dem spanisch-publizistischen Prinzip Abstand nahm und dem privatrechtlichen System im Sinne starker „Gläubigerautonomie" auch in Österreich endgültig [1]) Eingang verschaffte. Freilich mußte man bald einsehen, daß das Gesetz „den Gemeinsinn der Gläubiger überschätzt und von den Wirkungen des freien Spiels der Kräfte mit tunlichster Zurückdrängung des richterlichen Einflusses nur die günstigen Folgen, nicht aber auch die Schäden vorausgesehen hatte" [2]). Das führte in der neuen Konkursordnung zur Beseitigung der Gläubigerherrschaft. Dabei wurden die Gläubiger jedoch wegen ihres besonderen Interesses praktischerweise nicht ganz ausgeschaltet, sondern nur auf eine geringere Teilnahme an der Konkursverwaltung beschränkt. Das Gesamtergebnis kann man — wie für die deutsche Konkursordnung — als „staatlich überwachte" Selbstverwaltung bezeichnen.

Auch im österreichischen Recht wird der Konkurs nur auf Antrag des Schuldners oder eines der Gläubiger eröffnet [3]). Die Verwaltung, die Verwertung sowie die Verteilung der Masse erfolgen dort ebenfalls durch einen grundsätzlich unabhängigen „Masseverwalter", der bei seiner Tätigkeit nur in gewissen Fällen der Genehmigung des von den Gläubigern gewählten Gläubigerausschusses bedarf [4]). Dem Gericht stehen demgegenüber neben typisch richterlichen Handlungen allgemeine Aufsichtsrechte zu.

---

1) Eine durch vorangegangene — meist territoriale — Gesetze vorbereitete Entwicklung, vgl. dazu Kosmalla, Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters, S. 28 ff.
2) Denkschrift. 1, zit. b. Bartsch-Pollak, Kom. z. östr. KO. (1936) Einl. S. 3.
3) §§ 70, 71.
4) §§ 116, 117.

(Seine Aufgaben werden i. d. R. nicht von dem mit 3 rechtsgelehrten Richtern besetzten „Konkursgericht" [Senat] bzw. Handelsgericht [§ 64 KO.], sondern durch den von diesem für die einzelnen Konkurse besonders bestellten „Konkurskommissär"[5]) wahrgenommen.) — Bemerkenswert ist, daß die österreichische KO. — schon der äußeren Fassung des Gesetzes nach — noch etwas stärker als die deutsche zum publizistischen Prinzip neigt: So wird als Grundsatz aufgestellt, daß der Masseverwalter[6]) bei Konkurseröffnung und beim evtl. Fortfall des Verwalters während des Verfahrens vom Konkursgericht „von Amts wegen" bestellt werde. Der Gläubigerversammlung wird daher kein ausgesprochenes „Wahlrecht", sondern nur ein auf eigener Initiative beruhendes „Vorschlagsrecht" hinsichtlich einer Entlassung des amtlichen und einer Bestellung des von ihr gewählten Masseverwalters zuerkannt[7]). — Das Konkursgericht kann ferner nicht nur die Ausführung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung, denen die des Gläubigerausschusses gleichgestellt werden, untersagen. (Vgl. hierzu §§ 99, 133, 2 deutsch. KO.) Es ist darüber hinaus noch berechtigt, „in dringenden Fällen zur Hintanhaltung eines offenbaren Nachteiles den Beschluß des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung durch eine andere Verfügung zu ersetzen"[8]). — Auch fehlt ein dem § 134 deutsch. KO. entsprechendes subsidiäres Genehmigungsrecht der Gläubigerversammlung. Diese kann lediglich auf besondere Anordnung des Konkurskommissärs hin[9]) über die Genehmigung der in §§ 116, 117 östr. KO. genannten Geschäfte beschließen. —

Der Schwerpunkt des Verfahrens liegt bei dem Masseverwalter. Diesem können ausnahmsweise zur Unterstützung „be-

5) Vgl. dazu § 79.

6) ein Gl. oder Nichtgl., jedoch kein naher Verwandter der Sch., auch keine juristische Person (im Gegensatz zum Ausgleichsverfahren seit der Ausgleichsnovelle v. 20. 7. 1934 — vgl. Bartsch-Pollak, Kom. (1936) § 80, 6 u. Einl. — Im Konkursverfahren sind j. P. als Masseverwalter nur bei Geldinstituten vorgesehen — Ges. v. 29. 7. 1924).

7) §§ 80, 87 östr. KO. Nach § 87, 2 kann das Konkursgericht den Antrag ablehnen, „wenn es die Wahl für bedenklich oder einen Wechsel in der Person des Masseverwalters als dem gemeinsamen Interesse nachteilig erachtet". Dazu bemerkt D. S. 77 (zit. b. Bartsch-Pollak, S. 511), „um Cliquenwirtschaft zu vermeiden", gebe es kein Wahlrecht im technischen Sinne mehr, sondern nur noch ein „Vorschlagsrecht". — Vgl. demgegenüber die das gerichtsherrschaftliche Element weniger betonende Fassung der §§ 78, 80 deutsch. KO.

8) § 95, 3.

9) Bartsch-Pollak, Kom. z. § 118, 15.

sondere Verwalter" für einen bestimmten Geschäftsbereich beigegeben werden [10]). Die Form seiner Bestellung wurde bereits erläutert. Die ihm gesetzlich zugewiesene Tätigkeit, bei der ihn der Konkurskommissär und der fakultative Gläubigerausschuß beaufsichtigen [11]), unterscheidet sich von der des deutschen Verwalters nicht wesentlich. Nur ist er dabei nach den oben entwickelten Grundsätzen in stärkerem Maße vom Gericht abhängig [12]). Die Aufsichtsmittel des Konkurskommissärs erschöpfen sich nicht in negativen Pressionsmaßnahmen. Er kann vielmehr auch unmittelbar in die Verwaltung eingreifen, indem er in dringenden Fällen auf Kosten und Gefahr des Masseverwalters einen besonderen Verwalter zur Vornahme einzelner vertretbarer Handlungen (z. B. der Rechnungslegung) bestellt [13]). Vor allem darf das Konkursgericht den Masseverwalter aus wichtigen Gründen stets auch ohne Antrag der Gläubigerversammlung seines Amtes entheben. Nur der Konkurskommissär und nötigenfalls der Verwalter selbst sind vorher zu hören. — Schließlich sind Rechtsgeschäfte des Verwalters, soweit die erforderliche Genehmigung des Konkurskommissärs fehlt, auch Dritten gegenüber unwirksam [14]).

Über die Rechtsstellung des Masseverwalters äußert sich auch die östr. KO. absichtlich nicht [15]). Es heißt lediglich im § 1, daß das bei Konkurseröffnung vorhandene pfändbare Vermögen und grundsätzlich auch der Neuerwerb der freien Verfügung des Gemeinschuldners entzogen werde; die Masse sei „nach den Vorschriften der Konkursordnung in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger zu verwenden". Hieran schließt sich ein dem deutschen im wesentlichen entsprechender Theorienstreit. Er hat aber aus zufälligen Gründen und im Hinblick auf § 373 östr. ZPO. weniger praktische Bedeutung erlangt [16]). Die letztere Vorschrift bestimmt nämlich, um einer Meinungsverschiedenheit, wer in Masseprozessen als Partei anzusehen sei, von vornherein vorzubeugen, daß das Gericht

10) § 86.
11) §§ 84, 89.
12) § 84.
13) Die Zulässigkeit eines „Sonderverwalters" wird zwar von der h. deutsch. Lehre (vgl. Jaeger, Kom. Bd. II § 78, 6) gleichfalls anerkannt. Seine Bestellung in Fällen von Kollision oder tatsächlicher Behinderung ist aber nicht als „gegen" den Verwalter gerichtete Maßnahme gedacht.
14) Vgl. dazu Lehmann, Kom. z. KO. Bd. I, S. 638, 639.
15) Denkschrift, zit. b. Lehmann, a. a. O. Bd. I, S. 538.
16) Vgl. dazu Lehmann, a. a. O. Bd. I, S. 538 ff.; Kosmalla, a. a. O. S. 16.

„die Vernehmung des Verwalters der Konkursmasse — oder des Gemeinschuldners anordnen könne“ [17]).

Die Ansicht, daß der Verwalter entweder die Masse als Rechtspersönlichkeit oder die Konkursgläubiger vertrete, gilt auch im österreichischen Recht als überholt [18]). Es nimmt zur Frage der „juristischen Personen“ und der „Generalhypotheken“ die gleiche Stellung wie das deutsche ein. Infolge der Ähnlichkeit des österreichischen Rechtssystems können zu ihrer Ablehnung im einzelnen also nur die bereits für das deutsche Recht eingehend erörterten Gründe herangezogen werden. Auf diese soll hiermit verwiesen werden.

Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes betrachtet den Verwalter grundsätzlich als Vertreter des Gemeinschuldners [19]). Gelegentlich findet sich in der Praxis auch der Gedanke einer Gläubigervertretung [20]). Bartsch-Pollak [21]) gelangt in der Erkenntnis, daß sich die Befugnisse des Verwalters damit nicht allgemein erklären lassen, zu einer Dreiteilung der Verwaltungshandlungen. Danach soll der Verwalter einerseits selbständige Funktionen (z. B. bzgl. des Antrags zum Offenbarungseid), andererseits Funktionen für jemand anderen, die wiederum in solche für den Gemeinschuldner und solche für die Konkursgläubiger (Ausübung des Anfechtungsrechts) zerfielen, haben. Bei der Prüfungserklärung über angemeldete Konkursforderungen soll er sogar teilweise primäre, teilweise von den Vertretenen abgeleitete Befugnisse ausüben.

Auch die Amtstheorie hat bereits in Österreich Anhänger gefunden. Namentlich beruft sich Lehmann [22]) auf die dem Verwalter gesetzlich zugewiesene, unparteiische Stellung und die ausdrückliche Bestimmung der §§ 83, 81 KO., daß er „kraft seiner Bestellung befugt sei, alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Erfüllung seines „Amtes“ mit sich bringe“ und „gegenüber den Sonderinteressen einzelner Beteiligter die gemeinsamen Interessen zu wahren habe“. Er schließt daraus,

---

17) Die östr. ZPO. läßt allgemein die in Deutschland erst durch Novelle v. 27. 10. 1933 eingeführte Parteivernehmung zu. Sie regelt aber im übrigen den Parteibegriff ebenso wenig wie die deutsche ZPO.
18) Vgl. Bartsch-Pollak, Kom. (1936) zu § 83, 4.
19) Entscheidung v. 6. 9. 1927 (S. Z. 1927, 240) u. die b. Bartsch-Pollak (1936), 400 Zit.
20) So Landesgericht Salzburg, angeführt S. Z. 1934, 619.
21) Bartsch-Pollak (1936) zu § 83.
22) Kom. Bd. I, S. 338 ff.

daß er „kraft eigenen, ihm durch sein Amt verliehenen Rechtes" „im eigenen Namen" handele.

Diese Lehre ist nach den Ausführungen für das deutsche Recht, von dem die österreichische Rechtsordnung, insbesondere die Konkursordnung, nicht in wesentlichen Punkten abweicht [23]), m. E. zuzustimmen. Zudem betont die österreichische KO. die Unabhängigkeit des Verwalters von den Gläubigern [24]) und das staatliche Führungsrecht in noch stärkerem Maße als die deutsche KO. Dabei muß die „Amtstheorie" jedoch auch hier dahin abgeändert werden, daß der Masseverwalter in „niemandes Namen" lediglich als formellrechtliches Verfahrensorgan handele. —

Das schweizerische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz vom 11. April 1889 sieht ein Konkursverfahren in erster Linie für im Handelsregister eingetragene natürliche Einzelpersonen, Gesellschaften und Vereine, unter strengeren Voraussetzungen aber auch für Nichtkaufleute vor (Artt. 159, 190). Doch führt es trotz anderer Einzelausgestaltung zu ähnlichen wie den vorhergehend für das österreichische Konkursrecht dargestellten Ergebnissen. Es stellt gleichfalls eine Kompromißlösung zwischen privatrechtlichem und publizistischem Prinzip dar. Dabei zieht es aber die Konkursgläubiger, die im Verfahren nach vorgängiger Betreibung allein, in dem ohne vorherige Betreibung neben dem Schuldner den Anstoß zur Konkurseröffnung seitens des Konkursgerichts geben können [25]), in weit stärkerem Maße als die deutsche und österreichische Konkursordnung zur Mitwirkung heran [26]). Dementsprechend treten die Gläubiger bei der Bestellung und Tätigkeit der Konkursverwaltungsorgane derart in den Vordergrund, daß die Aufsichtsbehörden entgegen der ursprünglichen Tendenz des Gesetzes nicht selten im Gemeininteresse, insbesondere zwecks Beschleunigung des Verfahrens, von ihrem allgemeinen Aufsichts- und Eingriffsrecht Gebrauch zu machen haben [27]).

23) Vgl. dazu Kosmalla, a. a. O., insbes. S. 86.
24) Vgl. insbes. § 81, Abs 2.
25) Vgl. Artt. 166, 190, 191 Schuldbetr. u. KG. — „ausgeschlagene Verlassenschaften" (Erbschaften) liquidiert das Konkursamt gemäß Art. 193 von sich aus.
26) Vgl. u. a. die Artt. 237, 253 (selbst. Einsetzung der K.V. u. Anordn. f. d. Durchführung d. Konkurses sowie die Erteil. von Vollmachten an den Gl.A.); 238 (Anordn. d. 1. Gl.V. hinsichtlich der Masseverwaltg. in Eilfällen); vgl. ferner die Artt. 252, 237, 169.
27) z. B. durch Aufhebung v. Beschlüssen d. Gl.V., d. in Kleinkonkursen eine unzweckmäßige „besondere" Verwaltung einsetzen, od. Festsetzung v. Ordnungsstrafen für die Mitgl. der „besonderen" Konkursverwaltungen (vgl. C. Jaeger, Kom. z. Schuldbetr. u. KG. Bd. II, Art. 241, 1).

Als Konkursverwaltungsorgane kommen die „Konkursämter" und die „besonderen" Konkursverwaltungen in Betracht. Erstere sind eigens für die Zwecke des Konkursverfahrens zusammengestellte Behörden, die für die einzelnen „Konkurskreise" in territorial verschiedener Besetzung [28]), tätig werden. Die besonderen Konkursverwaltungen kommen dagegen durch Wahl seitens der Gläubigerversammlung zustande.

Die Konkursämter führen stets die Verwaltung im summarischen Verfahren des Art. 231 Schuldbetr. und KG. völlig und im ordentlichen Verfahren zur vorläufigen Erhaltung und Sicherung der Masse während des Vorstadiums bis zur ersten Gläubigerversammlung durch (Art. 221 ff.).

Von der ersten Gläubigerversammlung ab beruhen aber Art und Zusammensetzung der Konkursverwaltung grundsätzlich auf dem Willen der Gläubiger. Sie entscheidet — unabhängig von staatlicher Bestätigung (vgl. § 80 deutsch. KO.) — über die Beibehaltung der Konkursverwaltung oder ihre Ersetzung durch eine „besondere" Konkursverwaltung für die Zeit bis zur 2. Gläubigerversammlung. Letztere hat mit Rücksicht auf die dann endgültig festgestellte Gläubigereigenschaft der stimmberechtigten Teilnehmer das Weitere von sich aus zu bestimmen. Nur wenn die Versammlung gemäß Art. 233 Schuldbetr. u. KG. nicht zustande kommt, bleibt das Konkursamt kraft Gesetzes ohne weiteres bis zur zweiten Gläubigerversammlung zuständig. Scheitert auch diese, so führt es die Verwaltung endgültig durch [29]).

Bestimmt die 1. — beschlußfähige — Gläubigerversammlung das Konkursamt als Konkursverwaltung, so hat dieses ohne Ausschlagungsrecht in Tätigkeit zu bleiben. Falls die Versammlung dagegen von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht, tritt an seine Stelle die „besondere" Konkursverwaltung. Für diese können statt einer einzelnen Person auch mehrere — nicht wie im deutschen Recht koordiniert, sondern gemeinsam handelnde — Verwalter bestellt werden. Hinsichtlich der Auswahl bestehen grundsätzlich keine Beschränkungen; es müssen nur physische, handlungsfähige,

28) In manchen Kantonen besteht das Amt aus einem besonderen Einzelbeamten, der von den — bei allen Konkursämtern vorhandenen — Angestellten unterstützt wird, in anderen Kantonen aus einem von 3 Mitgliedern gebildeten Kollegium; häufig findet auch eine Verbindung mit anderen Amtsstellen (z. B. Beamten der Betreibungsämter, Bezirks- oder Friedensgerichtschreibereien) statt. (Näheres b. Blumenstein, Hbch. d. Schw. Schuldbetr. R., S. 39.)

29) Artt. 236, 253, 254.

nicht selbst im Konkurs befindliche Personen sein [30]). Der Gemeinschuldner ist wegen seiner Stellung im Verfahren ausgeschlossen, während Mitglieder eines mehrgliedrigen Konkursamts gewählt werden können [31]). Die Aufsichtsbehörden sind aber kraft ihres allgemeinen Aufsichtsrechts befugt, nicht nur auf Beschwerde, sondern auch von Amts wegen den Beschluß hinsichtlich der Einsetzung einer besonderen Konkursverwaltung als „unangemessen" aufzuheben oder auch einzelne gewählte Persönlichkeiten als unfähig oder ungeeignet auszuschließen [32]).

Die von der 1. Gläubigerversammlung eingesetzte Konkursverwaltung besteht — wie bereits hervorgehoben — noch nicht endgültig. Die 2. Gläubigerversammlung hat noch über ihre Bestätigung oder Ersetzung zu entscheiden. Nur wenn die Versammlung nicht zustande kommt, bleibt die vorhandene Konkursverwaltung ohne weiteres bis zum Schluß des Verfahrens im Amte [33]).

Im übrigen können die Träger des Konkursamts ihr Amt im Disziplinarwege, die Mitglieder der besonderen Konkursverwaltung durch Amtsniederlegung mit Zustimmung der Gläubigerversammlung oder durch Entlassung seitens der Aufsichtsbehörde wegen Unfähigkeit oder Ungeeignetheit verlieren.

Die Tätigkeit der Konkursverwaltung, der Zwangsbefugnisse fehlen, ist im wesentlichen die gleiche wie im deutschen Recht. Nur ist die Abhängigkeit von den Gläubigern eine stärkere, weil diese ihr Verbleiben im Amt durch das Bestätigungsrecht des Art. 253 Schuldbetr. u. KG. zunächt völlig in der Hand haben, nach Art. 238 gewisse Anweisungen erteilen und in der zweiten Gläubigerversammlung gemäß Art. 253 „unbeschränkt alles Weitere für die Durchführung des Konkurses anordnen" dürfen. — Daneben besteht die allgemeine Aufsicht seitens der Aufsichtsbehörde [34]) und seitens des Gläubigerausschusses. Letzterer kann u. a. Einspruch „gegen jede, den Interessen der Gläubiger zuwiderlaufende

30) Vgl. C. Jaeger, a. a. O. Bd. II, § 237, 6; Blumenstein, a. a. O. S. 730.
31) So Jaeger, a. a. O. Bd. II, § 237, 5 gegen d. dort zit. Entsch. d. Aufsichts-B. Bern.
32) Vgl. C. Jaeger, a. a. O. Bd. II zu § 237, 7, wo auch unter Hinweis auf die Jahresberichte der A.B. bemerkt wird, daß die Einsetzung besonderer K.V. in Kleinkonkursen kostspielig sei und das Verfahren derart verzögere, daß die A.B. kraft ihres allgemeinen Aufsichtsrechts nach Art. 13 solche Beschlüsse der Gl.V. häufiger als bisher von Amts wegen aufheben sollten.
33) Art. 254.
34) Vgl. Blumenstein, a. a. O. S. 732 — a. A. Müller, dort. zit.

Maßregel" erheben und bei entsprechender Vollmacht seitens der Gläubigerversammlung sogar bindende Anweisungen erteilen (Artt. 13, 237). —

Auch im schweizerischen Recht ist die Rechtsstellung der Konkursverwaltung bei der Abgabe von Willenserklärungen nicht ausdrücklich geregelt. Die Mitglieder des Konkursamts sind zwar kantonale Beamte [35]) mit disziplinarrechtlicher Verantwortlichkeit, für deren Handlungen der Staat als Dienstherr haftet, diejenigen der besonderen Konkursverwaltung „Amtsträger" mit eigener zivilrechtlicher Verantwortlichkeit. Da beides aber eine Vertreterstellung nicht ausschließt, besagt dies noch wenig. Infolgedessen ergeben sich auch im schweizerischen Recht — meist unter gleichzeitigen Hinweis auf deutsche Literatur — die S. 12 ff. der Arbeit erörterten Vertretertheorien. Von ihnen findet — wie bei der besonderen Hervorhebung des Gläubigerelements im Gesetz verständlich erscheint — auch heute noch die Annahme einer Gläubigervertretung, die sich auf eine Pfandrechtsgemeinschaft der Gläubiger stützt, im führenden Kommentar von C. Jaeger Anerkennung [36]).

Dagegen steht Blumenstein [37]) auf dem Standpunkt der Amtstheorie. Er begründet sie mit der Ausgestaltung des Konkursverfahrens im allgemeinen, dem Hinweis auf die entsprechende Regelung im deutschen Recht und die öffentlichrechtliche Stellung der Konkursverwaltungen. Danach sollen die „Konkursämter", weil ihre Träger als Beamte stets zu unparteiischer Wahrung der Interessen aller Beteiligten verpflichtet seien, schon ohne weiteres, die „besonderen" Konkursverwaltungen wegen ihrer gesetzlichen Gleichstellung mit den Konkursämtern [38]) als „Organe des Konkursverfahrens und nur als solche" in „primärer Funktion" in Betracht kommen. — Die Rechtsprechung des Bundesgerichts schwankt seit Geltung des Gesetzes. In einigen Entscheidungen wird die Konkursverwaltung als Vertreterin der Konkursmasse [39]), in anderen als Organ der Gläubigergesamtheit [40]) oder als Vertreterin des Gemeinschuldners [41]) betrachtet. In einer Entschei-

35) So Blumenstein, a. a. O. S. 40 im Anschluß an die Rechtsprechung.
36) C. Jaeger, a. a. O. Bd. II, Art. 240.
37) a. a. O. S. 40, 42, 729.
38) Art. 241.
39) BGE. 19, 288; 24 (1) 403, 404; 33 (Abt. 1) 146.
40) BGE. 21, 36; 31, 160.
41) BGE. 18, 536.

dung (1900) wird auch betont, daß die Konkursverwaltung „bei der ganzen Verpflegung des Konkurses eine Art amtlicher Stellung einnehme, die es ihr zur Pflicht mache, da, wo ihr Verhalten nicht schon im Gesetze positiv vorgezeichnet ist, die Interessen aller Beteiligten, auch die des Schuldners, zu berücksichtigen“ [42]).

Die Amtstheorie, die bisher — durch Zufall — nicht derart praktische Bedeutung wie im deutschen Recht erlangt hat, dürfte auch vom Standpunkt des schweizerischen Rechts aus begründet sein, obwohl die öffentlichrechtliche Amtsstellung der Konkursverwaltung nicht ohne weiteres zu diesem Schluß zwingt. Gegen die Annahme einer Stellvertretung der Masse lassen sich alle S. 13 der Arbeit herangezogenen Argumente anführen [43]). Aber auch die Theorie einer Gläubigerstellvertretung erscheint — trotz der gesetzlichen Hervorhebung des Gläubigerelements — nicht gerechtfertigt. Sie würde die Zusammenfassung der Gläubiger zu einer juristischen Person oder wenigstens ihre gemeinschaftliche Berechtigung hinsichtlich eines dinglichen Rechts voraussetzen: Beides ist aber nicht ausdrücklich geregelt. Das Pfand- oder Beschlagsrecht würde auch ohne Bedeutung sein und den Grundsätzen der Publizität und Spezialität widersprechen. Da Abweichungen zwischen dem schweizerischen und dem deutschen Recht insoweit nicht bestehen, kann zur Ablehnung auf die für die deutsche KO. bereits eingehender erörterten Gegengründe verwiesen werden. — Die Ansicht einer Vertretung des Gemeinschuldners ist mit der Stellung der Konkursverwaltung ebenfalls nicht vereinbar: Die Wahrung und Ausgleichung der verschiedenen, oft entgegengesetzten und einander ausschließenden Interessen von Gläubigern und Schuldner schlösse eine gesetzliche Stellvertretung auch nach schweizerischem Rechtsdenken grundsätzlich aus [44]). —

---

42) BGE. 25 (1), 394 (dort waren d. Befugnisse von K.V. und Gl.A. bei Aufstellung des Kollokationsplanes abzugrenzen, die als „in gewissem Maße richterliche Tätigkeit“ „naturgemäß“ als der K.V. zustehend bezeichnet wurden.)

43) Dar. C. Jaeger, a. a. O. Bd. II Art. 240, 5; Blumenstein, a. a. O. S. 736.

44) Vgl. dazu die Artt. 384, 392 Schw. Z. G. B., die den Vormund bei Widerstreit der Interessen des Mündels und seiner eigenen vom Amt ausschließen; das gleiche wie für die Kollission von Interessen zwischen Vormund und Mündel muß aber auch für eine Kollision derjenigen zwischen den einzelnen Vertretenen gelten, da der Vertreter die Rechte und Interessen jedes Vertretenen „wie seine eigenen“ wahrzunehmen hat (vgl. BGE. 33, 146), was in solchen Fällen schlechterdings unmöglich wäre.

Demnach ist m. E. für das schweizerische Recht ebenfalls die „Amtstheorie" unter Annahme des für das deutsche Recht näher dargestellten Handelns in niemandes Namen anzuerkennen.

Im Endergebnis ist also festzustellen, daß zwar weder das vollkommen selbständig entwickelte englische Recht noch das nach anderen Grundsätzen aufgebaute französische Recht die „Amtstheorie" in irgendeiner Weise unterstützen können. Die Regelung in Österreich, der Schweiz und in Spanien, die der Konkursverwaltung nicht ausdrücklich eine Treuhand- oder Vertreterstellung einräumen und erst mit Rücksicht auf das Wesen des Konkurses, den Zusammenhang der Einzelvorschriften und die vorhandene Rechtsprechung und Rechtslehre eine rein-formellrechtliche Stellung der Verwaltung erkennen lassen, können aber zur Bestätigung der „Amtstheorie" i. S. eines „neutralen" Verwalterhandelns dienen. Als rassisch und geschichtlich ganz wesentlich durch germanische Elemente beeinflußte Rechtsordnungen sind sie dabei von besonderem Beweiswert. Demnach bildet die Rechtsvergleichung ein weiteres erhebliches Argument für die sogen. „Amtstheorie".

II. Die ungerechtfertigte Bereicherung bei gesetzwidrigem oder unsittlichen Rechtsgrund, insbesondere die Rechtsnatur des § 817 BGB.

1. Die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung.

Wie in der Einleitung bereits hervorgehoben wurde, ist für das Problem dieser Arbeit einerseits die Rechtsstellung des Konkursverwalters, andererseits die Rechtsnatur des § 817 BGB. zu erörtern. Die Untersuchung hat sich also, nachdem jene gekennzeichnet wurde, nunmehr der Vorschrift des § 817 BGB. zuzuwenden. Da diese eine Einzelregelung im Rahmen des Bereicherungsrechts darstellt, erscheint es zweckmäßig, sich zunächst die allgemeinen Grundgedanken der „ungerechtfertigten Bereicherung" zu vergegenwärtigen.

Der Ursprung der Bereicherungsansprüche findet sich im römischen Recht. Dieses neigte stark zur Ausbildung abstrakter

Geschäftsformen. Es vollzogen sich somit häufig Rechtsänderungen, die im wirtschaftlichen Endergebnis von vornherein ungewollt waren, weil sie auf einer unzureichenden „causa" beruhten. Das römische Recht, das das Willens- und Herrschaftselement des Einzelnen in seiner Vermögenssphäre deutlichst betonte, mußte daher vom Gerechtigkeitstandpunkt die Möglichkeit bieten, das ungewollte Ergebnis zu beseitigen. Zu diesem Zweck bildete es schon früh die actio (oder condictio) certae creditae pecuniae aus, mit der Geldbereicherungen und die condictio triticaria oder certae rei, mit der Sach- oder Naturalbereicherungen zurückgefordert werden konnten [1]). Von diesen condictiones wurden sehr verschiedene Fälle ergriffen, die von der klassischen Jurisprudenz zwar unterschieden, vermutlich aber noch als dem gleichen Rechtsinstitut angehörig betrachtet wurden [2]). Die nachklassische Theorie löste sie dagegen in starre, vollkommen selbständige Einzelkonditionen auf. Sie faßte dabei die eigentlichen Bereicherungsansprüche unter dem Namen „condictio causa data non secuta", „condictio indebiti", „condictio sine causa" und „condictio ob turpem vel iniustam causam" zusammen [3]). Eine gesetzliche Haftung war dem römischen Recht nur ausnahmsweise bekannt. Die grundlose Hingabe von Vermögenswerten erschien aber dem „Darlehen" verwandt, für das eine Vermögensverschiebung mit späterer Rückgabepflicht wesentlich ist. Infolgedessen erfolgte die Regelung unter dem Gesichtspunkt des „Quasikontrakts" [4]), der sinngemäß nur für „Leistungen", nicht dagegen für zufällige Vermögensverschiebungen Raum ließ.

Der vom römischen Recht entwickelte Grundgedanke, daß eine „ungerechtfertigte" Bereicherung rückgängig zu machen sei, wurde — wie von den meisten europäischen Rechten — auch vom gemeinen deutschen Recht übernommen. Dabei wurden die Einzelkondiktionen beibehalten und selbständig weitergebildet, ohne daß eine auf die Bereicherung beschränkte, gesetzliche Haftung einheitlich herausgearbeitet wurde [5]). Die Aufgabe, die von den territorial zersplitterten deutschen Rechten bei der notwendigerweise verschiedenen Umgestaltung des subsidiär geltenden römi-

1) Vgl. Jörs-Kunkel-Wenger, Röm. Recht, S. 249.
2) Ebenda.
3) D. 12, 4—7.
4) Vgl. dar. Jörs-Kunkel-Wenger, a. a. O. S. 192, 188.
5) Vgl. dazu Enneccerus, Lehrb. I, 2 (1928) S. 627; v. Mayr, Bereicherungsanspruch, S. 9 ff.; Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. II, S. 887, 888.

schen Rechts nicht gelöst werden konnte, blieb dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorbehalten:

Dieses vertritt auf gemeinrechtlichen Grundlagen bewußt das allgemeine Prinzip, daß eine „formell" gültige Vermögensverschiebung, die mangels entsprechender Beziehungen zwischen den Beteiligten als „materiell" ungerechtfertigt erscheint, auszugleichen sei [6]). Ein Widerspruch des Rechtes „zu sich selbst" oder „zu einem Rechte höherer Art" wird damit nicht geschaffen [7]), sondern die notwendige Harmonie im Rechtssystem wiederhergestellt. Die Rechtsordnung sieht sich aus allgemein-logischen oder wirtschaftlichen Gründen [8]), vor allem aber im Interesse eines klaren reibungslosen Verkehrs genötigt, gewisse Rechtsänderungen ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines „Rechtsgrundes" für wirksam zu erklären, sobald die äußeren Formen eines dinglichen Akts gewahrt sind. Es sollen dadurch — den Erfordernissen des modernen Wirtschaftslebens entsprechend — nach außen hin klare Rechtsverhältnisse geschaffen, die Erwerbsvorgänge erleichtert und Prozesse über dingliche Rechte durch Beschränkung des Streitstoffes vereinfacht und beschleunigt werden. Nach den Grundsätzen unseres Privatrechtssystems soll der Einzelne Vermögenswerte im allgemeinen nur durch freien Entschluß an andere Personen verlieren. Dieser müßte aber neben dem formellen Verfügungsgeschäft auch das zweckbestimmende und daher wirtschaftlich sowie psychologisch wesentliche Verpflichtungsgeschäft umfassen. Soweit nicht wichtigere Belange entgegenstehen [9]), muß also jenem Grundsatz durch die Einführung eines besonderen Ausgleichsanspruches genüge geschehen. Dem tragen die §§ 812 ff. BGB. im einzelnen Rechnung:

Grundlage der gewährten Ansprüche ist sinngemäß nicht die „Bereicherung" als solche, sondern deren Grundlosigkeit. Ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen vollziehen sich nicht nur durch (von den Parteien gewollte) „Leistungen", sondern oft zufällig oder durch Handlungen Dritter: Eine Regelung unter dem

---

6) Vgl. dazu Enneccerus, Lehrb. (1928) Bd. II, S. 627; v. Mayr, S. 420; Planck, Kom. Vor. § 812, 2b; RGK. Bd. II, Vor. § 812, 1.
7) Wilburg, D. Lehre v. d. unger. Bereicherung, S. 21.
8) Vgl. dazu beispielsw. die Regelung der §§ 946 ff. BGB.
9) Beispielsweise bei der Verschweigung gemäß § 37, Ziff. 4 ZVG., da bei der Abgabe von Geboten klare Rechtsverhältnisse notwendig sind für den nicht im geringsten Gebot stehenden Gläubiger, der das zur Herausbietung seines Rechts erforderliche Gebot zuverlässig berechnen können muß (darüber RGZ. 76, 381 ff.).

Gesichtspunkt des „Quasikontrakts" wäre daher zu eng. Auch können bei Fehlen des Rechtsgrundes folgerichtig keine relativen, quasivertraglichen Beziehungen zwischen den Beteiligten vorhanden sein. Die Ansprüche beruhen daher allein auf dem Gesetz. Ihr Ziel ist lediglich der Ausgleich der ungerechtfertigten Bereicherung, zu deren Feststellung die Vermögenskreise der Beteiligten verglichen werden müssen. Es ist also nicht einseitig die vor der Vermögensverschiebung vorhanden gewesene Rechtslage des Entreicherten im Hinblick auf ihre Entwicklung beim normalen Verlauf der Dinge zugrundezulegen, sondern gleichzeitig das Maß der Bereicherung auf Seiten des Gegners zu berücksichtigen. Dabei stehen grundsätzlich die Vermögen der Beteiligten, nicht deren Personen im Mittelpunkt der rechtlichen Betrachtung: Bei Fortfall oder Minderung der ursprünglichen Bereicherung findet jedoch hinsichtlich der Haftung nach §§ 819, 818 BGB. eine subjektive Wertung statt. — Mit dem Begriff des Schadensersatzes, der grundsätzlich einseitig für den Geschädigten den ohne die Schädigung vorhandenen Zustand herstellen soll und in der Regel durch das Verschulden, d. h. die subjektive Einstellung des Gegners, innerlich gerechtfertigt erscheint, hat die „Bereicherung" insoweit nichts gemeinsam. Irreführend wäre also, hier — wie es in ausländischen Rechten noch häufig geschieht[10]) — von dem Grundsatz, daß niemand sich zum „Schaden" eines anderen bereichern dürfe, zu sprechen. Die Motive[11]) zum BGB. lehnen daher diesen Standpunkt auch ausdrücklich ab. Sie betrachten als maßgebend eine für beide Teile gerechte, endgültige Ordnung der verschobenen Vermögensverhältnisse.

Nach diesen Richtlinien versuchen die §§ 812 ff. BGB. das Bereicherungsrecht auf eine einheitliche Grundlage zu stellen: Die allgemeinen Billigkeitserwägungen mußten einerseits, um nicht ins Uferlose zu führen, von festen juristischen Formen umgrenzt werden. Andererseits stieß die Begriffsbestimmung des mangelnden Rechtsgrundes auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Es war daher ohne die Ausbildung einzelner Sonderfälle, zu denen u. a. der des § 817 BGB. zählt, nicht auszukommen.

10) Im Anschluß an D. 12, 6, 14 u. a. für das öster. Recht Swoboda (bei Klang, Kom. z. ABGB. Bd. IV, S. 449), der freilich hervorhebt, daß jener Grundsatz ein „Janusgesicht" habe und nach „beiden" Seiten blicke, ferner der poln., der tschech., der franz.-ital. Entw. eines Bereicherungsrechts (zit. Klang, a. a. O. Bd. IV, S. 442, 450; Wilburg, a. a. O. S. 6).

11) Mot. Bd. II, S. 829.

2. § 817 BGB. als Sonderfall des allgemeinen Bereicherungsrechts.

Die Vorschrift des § 817 BGB. umfaßt m. E. einen Sonderfall des Bereicherungsrechts mit poenalem Einschlag, keine auf allgemeinen Erwägungen von Billigkeit oder Treu und Glauben beruhende Ausgleichsbestimmung. Wegen des bestehenden Meinungsstreits bedarf das Ergebnis einer näheren Erörterung. Dabei ist zunächst das Verhältnis von § 817 zu § 812 BGB. klarzustellen.

Während § 812 BGB. die Pflicht zur Herausgabe des durch die „Leistung" eines anderen oder „in sonstiger Weise" Erhaltenen auf den Umstand, daß dieses „ohne rechtlichen Grund" erlangt sei, gründet, setzt § 817 BGB. voraus, daß der „Zweck" der betreffenden Leistung „in der Art, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat", bestimmt war. Die besondere Formulierung in einer Einzelvorschrift läßt anfangs einen selbständig neben dem übrigen Bereicherungsrecht bestehenden, lediglich verwandten Anspruch vermuten. Dazu kommt, daß die Motive [1]) ausdrücklich betonen, daß die verwerfliche Gesinnung des Handelnden getroffen, die Vorschrift also auf ein dem Bereicherungsrecht in der Regel fremdes subjektives Element gegründet werden solle. Diese Selbständigkeit ist aber nur eine scheinbare. Die nähere Betrachtung zeigt, daß beide Vorschriften trotz verschiedener Ausgestaltung gemeinsam eine Vermögensverschiebung, die mangels hinlänglicher „relativer Beziehungen" [2]) zwischen den Beteiligten als „materiell" ungerechtfertigt erscheint, voraussetzen, und diese — von der Ausnahme des § 817, S. 2 BGB. abgesehen — als ausgleichspflichtig bezeichnen. Es handelt sich also um Erscheinungsformen des gleichen Rechtsgedankens [3]). Dementsprechend ist auch die evtl. Haftung nach §§ 819, 818 BGB. gleich geregelt.

Andererseits ist § 817 BGB. nicht nur eine Erweiterung oder Erläuterung des § 812 BGB. Es handelt sich vielmehr um einen besonderen Fall des allgemeinen Bereicherungsrechts mit selbständigen Voraussetzungen und Rechtsfolgen:

Zunächst ist schon die Grundlage der Ansprüche, der „mangelnde Rechtsgrund", für § 812 und § 817 BGB. durch verschiedene

1) Vgl. Mot. z. BGB. Bd. II, S. 849.
2) Vgl. v. Mayr, a. a. O. S. 552, 42; auch Enneccerus, Schuldrecht (1928), S. 629.
3) Vgl. hierzu d. anfängl. röm.-rechtl. Auf. (S. 71 d. A.)

Merkmale bestimmt. Dabei ist zum Vergleich wegen der Formulierung des § 817 BGB., die eine „Leistung" verlangt, lediglich dieser — von § 812 BGB. mitumfaßte — Fall einer „gewollten", aber grundlosen Vermögensverschiebung heranzuziehen:

§ 812 BGB. betrifft insoweit — wie das Vorhandensein des § 817 BGB. klarstellt — den Begriff des Rechtsgrundes im engeren Sinne. Er beruht auf dem Grundsatz, daß sich Vermögensverschiebungen mit endgültiger Wirkung nur, wenn und soweit es die Beteiligten wollen, vollziehen sollen. Die Parteien wollen aber nicht lediglich die den Erwerb vermittelnde Leistung als solche, sondern erstreben durch sie einen bestimmten rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg. Dieser eigentliche Sinn jeder Leistung, ihr „rechtlicher Grund", ergibt sich erst aus dem zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft. Als „Rechtsgrund" erscheint dabei sinngemäß nicht die objektive Tatsache des vorliegenden Rechtsgeschäfts, sondern die Willensrichtung der Beteiligten, die in ihm Ausdruck fand. Er entfällt ohne weiteres, wenn ein Grundgeschäft zwischen Entreichertem und Bereichertem tatsächlich nicht vorhanden ist oder bei tatsächlichem Vorhandensein durch den Spruch der Rechtsordnung für nichtig erklärt wurde. Das gleiche muß nach obigen Grundsätzen aber auch dann gelten, wenn der Zweck der Leistung zwar in einem gültigen Geschäft festgesetzt, nachträglich aber gar nicht oder nur vorübergehend erreicht wurde. — Eine einheitliche Begriffsbestimmung des mangelnden Rechtsgrundes kann für jene verschiedenen Fälle nicht gegeben werden[4]). Es läßt sich nur sagen, daß er von den kundgetanen Motiven der Beteiligten, die diese zum Handeln bewogen, alle diejenigen, die den unmittelbaren, typischen Vertragszweck betreffen[5]), umfaßt. Diese lassen sich aber wegen ihrer Mannigfaltigkeit nicht — wie es vor allem die französische Rechtslehre, insbesondere die durch Domat begründete „klassische Causa-Lehre", in scharfsinniger Weise versucht hat[6]) — in ein Begriffsschema einengen. — Ein näheres Eingehen auf diese Fragen erübrigt sich hier: Für den Vergleich mit § 817 BGB. genügt die Feststellung, daß ein „Rechtsgrund" im Sinne des § 812 BGB. für eine Leistung immer dann

4) Vgl. Enneccerus, Bd. 1, 2 (1928), S. 634 ff.
5) Vgl. dazu die Ausf. von Klingmüller, D. Begr. d. Rechtsgrundes, insbes. S. 15, sowie Leonhard, zit. daselbst S. 24.
6) Darüber Josserand, Cours de Droit Civil, Bd. II, S. 59 Nr. 127 ff.; Planiol, Traité El. Bd. II, S. 349 Nr. 1029 ff.; vgl. auch den auf jenen Gedankengängen beruhenden Art. 1274 d. span. Cód. Civ.

fehlen wird, wenn diese nicht auf einem entsprechenden gültigen Verpflichtungsgeschäft beruht [7]).

Demgegenüber setzt § 817 BGB. voraus, daß die „Annahme" der Leistung als solche mit Rücksicht auf ihren „Zweck" verbots- oder sittenwidrig sei. Danach kann es sich nicht um einen Anwendungsfall der Bestimmung des § 812 BGB., daß der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte „Erfolg" nicht eintritt, handeln. „Erfolg" und „Zweck" sind schon deshalb nicht identisch, weil ersterer nur künftige, letztere aber auch vergangene oder gegenwärtige Umstände betreffen kann [8]). Dabei ist noch zu bemerken, daß es für den Gesetzeszweck des § 817 BGB. unerheblich wäre, ob der gewünschte Erfolg tatsächlich eingetreten ist. Vor allem wird hier aber im Gegensatz zu § 812 BGB. der „mangelnde Rechtsgrund" von einem Verpflichtungsgeschäft grundsätzlich abstrahiert. Die Vorschrift kann daher auch dann eingreifen, wenn jenes unter anderem Gesichtspunkt gültig oder ein Fall reinen Zweckhandelns ohne entsprechende Beziehung zu einem vorangegangenen Verpflichtungsgeschäft gegeben ist. — Schließlich wäre, falls § 817 BGB. lediglich einen von § 812 BGB. bereits mitbetroffenen Tatbestand regeln wollte, § 814 BGB. auch unter den Voraussetzungen des § 817 S. 1 BGB. anzuwenden, was dem Gesetzeszweck sicher nicht entspräche. —

Außer in den Voraussetzungen zeigt sich der Sondercharakter des § 817 BGB. auch in den rechtlichen Folgen, die unter einem poenalen Gesichtspunkt geregelt sind [9]). Es wird dies zwar mit beachtlichen Gründen bestritten und behauptet, daß § 817 BGB. eine auf Treu und Glauben beruhende Ausgleichsbestimmung sei [10]); m. E. ist aber die Gegenmeinung begründet. Der Wortlaut des § 817 BGB. gewährt hierfür freilich keinen unmittelbaren Anhalt. Er setzt weder eine bestimmte subjektive Einstellung des normwidrig Handelnden voraus, noch regelt er eine staatliche Einziehung der Leistung, wie sie andere Rechte anordnen [11]). Ge-

---

7) Vgl. dazu die Mot. z. BGB. Bd. II, S. 846.
8) Vgl. dazu die Mot. z. BGB. Bd. II, S. 849.
9) Vgl. dazu Enneccerus, Bd. I, 2 (1928), S. 649 Anm. 3; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, S. 748, 749; v. Mayr, a. a. O. S. 580; Planck zu § 817, 1a, 3d; Warneyer, Kom. Bd. I zu § 817 II; RGZ. 95, 349; 99, 167; 104, 54; 105, 272.
10) RGK. Bd. II, § 817 zu S. 1 Anm. 2 u. S. 2 Anm. 2, 3; gegen den Strafcharakter ferner Staudinger, Kom. zu § 817, 1; RG. in JW. 1931, 2094; RG. JW. 1936, 1956 dahingestellt.
11) ALR. §§ 205, 206 I 16. § 1174 öst. ABGB., 1305 span. Cód. Civ.

schichte, Zweck und Fassung der Vorschrift ergeben aber im Zusammenhang die erforderlichen Argumente:

Die Bestimmung des § 817 BGB. geht, wie die Motive noch besonders hervorheben [12]), auf eine der vorerwähnten Einzelkondiktionen des römischen Rechts, die condictio ob turpem vel iniustam causam [13]), zurück. Sie vereinheitlicht sie zwar und drängt sie gedanklich zusammen, bildet sie aber in ihrer Voraussetzungen und Wirkungen im wesentlich nach. Jene — im einzelnen umstrittene — condictio hatte offensichtlich Strafcharakter. Sie machte einerseits den Empfänger der Leistung, sofern er in „turpidudine versatur", strafweise rückgabepflichtig. Sie verschloß aber andererseits auch dem Leistenden, falls ihn der gleiche Vorwurf traf, die Rückforderung. Das unbefriedigende Ergebnis, daß bei beiderseitigem Verstoß das bereits Erhaltene belassen wurde, ließ sich dabei nicht vermeiden. — Für das römische Recht war diese Verquickung ziviler und strafrechtlicher Gedanken nichts Außergewöhnliches. Der Staat ahndete im Verlauf der späteren Entwicklung zwar gewisse Handlungen, die ihn selbst in seiner Organisation oder unmittelbare, lebenswichtige Interessen der Gesamtheit gefährdeten bzw. verletzten, mit öffentlicher Strafe [14]). Dagegen war — den ausgesprochen individualistischen Grundsätzen des römischen Privatrechts entsprechend — der Schutz der Vermögenssphäre grundsätzlich dem Verletzten überlassen. Dieser konnte mit den Rechtsbehelfen des Zivilrechts gegebenenfalls Schadensersatz, in verschiedenen Fällen aber, um sich innere Genugtuung zu verschaffen und den Täter sowie Dritte von weiteren Eingriffen abzuschrecken, auch einen bestimmten, über den entstandenen Schaden hinausgehenden Betrag verlangen [15]). Solchen Gedankengängen entsprach, daß die bewußt normwidrige Annahme bzw. Hingabe der Leistung grundsätzlich nicht von öffentlicher Strafe, auch nicht von staatlicher Einziehung betroffen wurde. Sie wurde vielmehr bei poenalem Einschlag allgemein in der oben erwähnten zivilrechtlichen Weise geregelt.

Das gemeine Recht übernahm jene condictio unter Aufrechterhaltung des poenalen Charakters als zivilrechtliche Ergänzung

12) Mot. z. BGB. Bd. II, S. 849.
13) D. 12, 5, l. 5 D. 12, 7, l. 5, C. 4, 7.
14) Darüber Mezger, Strafrecht, S. 13 ff.
15) Vgl. d. Ausf. v. Sohm-Mitteis-Wenger, a. a. O. S. 453 ff. über d. Privatdelikte.

des geltenden Strafrechts. Auch in den entsprechenden Bestimmungen des preußischen ALR. findet sich der poenale Gedanke, der ohne weiteres in einem staatlichen Einziehungsrecht zum Ausdruck kommt [16]).

Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches wollten von der geschichtlichen Entwicklung nicht abweichen. Sie betonten ausdrücklich [17]), daß im Anschluß an das gemeine, das preußische sowie das geltende schweizerische und österreichische Recht durch § 817 BGB. „der auf Seiten des Empfängers in der Annahme liegende Verstoß", „die darin sich offenbarende Auflehnung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung" und die „verwerfliche Gesinnung" getroffen werden sollten. Daneben erscheine diese Regelung geeignet, „im Volksleben den Sinn für gute Sitten und für das Interesse der öffentlichen Ordnung zu stärken". Durch diese Ausführungen waren der Sühne-, Abschreckungs- und Sicherungszweck, die jeder „Strafe" wesentlich sind, festgelegt.

Rechtsgeschichte und Wille des historischen Gesetzgebers können für die Auslegung des § 817 BGB. nicht allein entscheidend sein. Es fragt sich daher, inwieweit das poenale Element — ein dem heutigen Zivilrecht sonst fremder Gedanke [18]) — dem Gesetze selbst entnommen werden kann.

Jede Strafe enthält für den Täter die Zufügung eines Übels, d. h. Entziehung von Rechtsgütern, mit Rücksicht auf eine von ihm schuldhaft begangene Tat [19]). Eine innerhalb des Zivilrechts angeordnete „Strafe" kann freilich einer kriminellen Strafe nicht völlig entsprechen. Doch müßte jedenfalls einerseits die Mißbilligung des normwidrigen Verhaltens an Stelle anderer zivilrechtlicher Zwecke im Vordergrund stehen, andererseits wegen der darin enthaltenen sittlichen Wertung das Bewußtsein des Gesetzes- oder Sittenverstoßes auf Seiten des Handelnden erforderlich sein. (Wobei vorläufig dahingestellt bleiben kann, ob dieses sich nur auf den Tatbestand oder gleichzeitig auch auf die Norm als solche zu erstrecken hat.)

---

16) ALR. §§ 205, 206 I 16.

17) Mot. z. BGB. Bd. II, S. 849.

18) Das Rückforderungsrecht des Schenkers (§ 530 BGB.) und ähnliche Fälle des Erbrechts beruhen auf dem „Pietätsverhältnis" zwischen den Beteiligten (so RG. bei Gruch. 67, 564 für § 530 BGB.) und dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit — über die Vertrags„strafe" III d. Arbeit.

19) Vgl. dazu Mezger, Strafrecht, S. 485.

Ein solches Bewußtsein muß für die Anwendung des § 817 BGB. — selbst wenn man den „Straf"charakter ablehnen wollte — vorausgesetzt werden. Die Vorschrift verlöre sonst ihren Sinn [20]). Für Verpflichtungsgeschäfte über normwidrige Leistungen muß zwar gemäß §§ 134, 138 BGB. grundsätzlich schon ein objektiver Verstoß die Nichtigkeit herbeiführen. Dort will die Rechtsordnung den beabsichtigten Rechtsübergang mit Rücksicht auf das zugrundeliegende Geschäft, d. h. einen objektiven Tatbestand, verhindern. § 817 BGB. gründet dagegen die Rechtsfolgen auf die Verbots- oder Sittenwidrigkeit der „Annahme" bzw. „Hingabe". Er knüpft also an die gewollte Tätigkeit eines Einzelnen an. Dabei will die Vorschrift, indem sie von einem Verpflichtungsgeschäft grundsätzlich abstrahiert, nicht den Erwerb als solchen verneinen. Sie sieht sich vielmehr nur mit Rücksicht auf das den Geboten der Rechts- oder Sittenordnung widersprechende persönliche Verhalten des Empfängers bzw. Leistenden genötigt, ihren Schutz zu versagen [21]). Daher erhält sie ihren rechtspolitischen Sinn erst, wenn ein bewußter Verstoß vorausgesetzt wird.

Zur Feststellung des „Straf"charakters muß jedoch ein weiteres hinzugenommen werden: Die Vorschrift begründet grundsätzlich die Herausgabepflicht bei normwidriger Annahme. Sie schließt sie aber andererseits bei Verstoß des Leistenden aus, ohne in irgendeiner Weise das Abwägen des beiderseitigen Verstoßes zu gestatten. Die Annahme einer auf Treu und Glauben beruhenden Ausgleichsvorschrift wäre mit dieser starren Regelung unverträglich. Sie wird erst verständlich, wenn man in ihr die Reaktion des Rechts gegen die bewußte Auflehnung des Handelnden erblickt.

Allerdings wird die Zufügung eines Nachteils vielfach aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht voll durchgeführt. Beispielsweise verbleibt, soweit eine Vorleistung aus gegenseitigem Vertrage erfolgt, dem einen Teil die Leistung des anderen ohne Gegenpflicht, sodaß seine Vermögensverhältnisse sogar verbessert werden. Man muß aber bei allem berücksichtigen, daß § 817 BGB., in dem ein Rest alten, noch nicht vollentwickelten Rechtsdenkens Ausdruck fand, die Strafe nur darin erblickt, daß der normwidrig Handelnde seinen Anspruch nicht durchsetzen kann. Kriminellen

20) Vgl. RG. JW. 1936, 1955 u. 2532, 3191.
21) Vgl. f. d. frz. Recht d. bei Aubry-Rau, Droit Civil, Bd. 6, 323 zit. Ansicht von Meynial, daß die Rückforderung nur deshalb zu verweigern sei, weil der „acte payé" gesellschaftsschädlich sei während „le payement" als solches neutral bleibe.

Vermögensstrafen entsprechende Ergebnisse sind im Zivilrecht außerdem ohne staatliche Einziehungsbefugnisse nicht allgemein zu erreichen. Jedenfalls wird der Gesamtcharakter der Vorschrift dadurch nicht geändert. Dieser ist — wie im folgenden ausgeführt werden soll — für den Inhalt der Vorschrift mitbestimmend.

3. Der Inhalt des § 817 BGB. in objektiver und subjektiver Beziehung.

Die Ausführungen über den Inhalt des § 817 BGB., der wegen der Mannigfaltigkeit verbots- oder sittenwidrigen Handelns an sich häufig Anwendung finden und im Konkurse praktisch werden kann, sollen sich im Rahmen dieser Arbeit auf einzelne Gesichtspunkte beschränken, die neben der allgemeinen gleichzeitig die besondere Bedeutung der Vorschrift im Konkurse erkennen lassen.

Da Gegenstand dieser Arbeit vor allem die Auswirkung des § 817, Satz 2 BGB. im Konkurse ist, wird vorweg bemerkt, daß die Rückforderung nach Bereicherungsrecht[1]) nicht nur ausgeschlossen ist, wenn der Empfänger der Leistung gleichfalls nach Satz 1 der Bestimmung normwidrig handelte. Es muß vielmehr unter den weiteren Voraussetzungen des § 812 BGB. genügen, wenn dem Leistenden allein ein solcher Verstoß zur Last fiel[2]). Das Gesetz muß dem verwerflich Handelnden ohne Rücksicht auf das Verhalten der Gegenseite seinen Schutz versagen. Im übrigen ist die Leistung hier dem Empfänger, der sie zwar grundlos innehat, aber immerhin nicht normwidrig annahm, auch aus allgemeinen Billigkeitserwägungen an Stelle des Leistenden zu belassen. Unter diesen Umständen kann die Wendung „gleichfalls" im zweiten Satz der Vorschrift nicht logische, sondern lediglich satzverbindende Bedeutung haben.

Objektiv setzen Satz 1 und 2 des § 817 BGB. zunächst eine „Leistung", d. h. eine gewollte Vermögensverschiebung, voraus. Abstrakte Schuldanerkenntnisse als solche sind darunter — mangels Hingabe des eigentlichen wirtschaftlichen Wertes, die erst mit der Erfüllung erfolgt — nach ausdrücklicher Bestimmung nicht zu fassen. Es ist also stets zu untersuchen, ob die betreffende

---

1) § 817, 2 BGB. bezieht sich der Stellung im System nach ausschließlich auf das Bereicherungsrecht; für sonstige Ansprüche gelten andere Regeln. (Vgl. insbes. §§ 242, 254 BGB.)

2) So u. a. Enneccerus, Bd. I, 2 (1928), S. 649 Anm. 3; v. Mayr, a. a. O. S. 375; RGK. Bd. II (1929) zu § 817, 3; RGZ. 99, 166; RG. in JW. 1936, 1935. A. A. Staudinger, Kom. Bd. II zu § 817, 2 d.

Verfügung wirksam, insbesondere ob sie nicht wegen Verbots- oder Sittenwidrigkeit nichtig ist. Letzterenfalls können die Bestimmungen des § 817 BGB. nur für eine Kondiktion des Besitzes in Frage kommen. — Infolge der Trennung von „kausalen" und „abstrakten" Geschäften im geltenden Rechtssystem, die durch das Vorhandensein des § 817 BGB. noch besonders bestätigt wird [3]), werden Mängel des Verpflichtungsgeschäfts die Gültigkeit des Leistungsgeschäfts grundsätzlich nicht berühren. Insbesondere ist die Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit auf die Ausnahmefälle, daß wucherische Vorteile gemäß § 138 BGB. „gewährt" wurden [4]) oder die Leistung durch den sittenwidrigen Zweck bedingt werden sollte [5]), beschränkt. Weit häufiger greift dagegen die verbotsweise Nichtigkeit ein. Sie wird sich meist nicht dem Wortlaut, sondern allein dem Zweck des Gesetzes entnehmen lassen [6]). Dabei wird in der Regel entscheidend sein, daß dieses nicht lediglich die Vornahme des Rechtsgeschäfts als solche aus Gründen der öffentlichen Ordnung (z. B. beim Verkauf von Waren während der Sonntagsruhe), auch darüber hinaus nicht nur das Verpflichtungsgeschäft treffen will. Es muß vielmehr bei Verbotswirkung gegen beide Beteiligte den Rechtsübergang selbst — im Hinblick auf den Gegenstand der Leistung — verhindern wollen [7]).

In diesem Zusammenhang interessieren hier die Vorschriften der §§ 181, 243 KO. näher [8]), die sich zwar nicht ausdrücklich als „Verbotsgesetze" bezeichnen, sinngemäß aber als solche auszulegen sind. Freilich werden sie den Aufgabenkreis des Konkursverwalters nur selten berühren: Der Schuldner wird Sonderbegünstigungen oder Stimmenkäufe meist erst nach der Konkurseröffnung mit Mitteln aus konkursfreiem Neuerwerb, — seltener — wegen der Strafbarkeit (§§ 137, 288 StGB.) mit solchen aus der Masse vornehmen. Der Masse werden dann entweder gar keine Rechte entstehen oder die Verfügungen werden vom Verwalter nach § 7 KO. ohne weiteres den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam

3) Darüber Enneccerus, Bd. I (1928), S. 482 Anm. 17, RGZ. 57, 96.
4) RGZ. 93, 75.
5) Vgl. dazu RGZ. 57, 96; RGK. Bd. II (1929) zu § 817, 1.
6) Dazu d. Ausf. v. v. Mayr, a. a. O. S. 555 ff.; RGK. Bd. I (1922) § 134, 1.
7) Vgl. RGK. Bd. I (1929) § 134, 1.
8) Über Inhalt und Bedeutung der Vorschriften: Jaeger, Kom. Bd. II § 181, Bd. II (5. Aufl.) zu § 243. — Die materiellrechtlichen Wirkungen der Tatbestände des § 241 KO. werden durch die §§ 29 ff. KO. geregelt.

sein. Da § 181 KO. voraussetzt, daß sich alle am Abkommen Beteiligten der Sonderbegünstigungen bewußt waren [9]) und auch für § 243 KO. ein vorsätzliches Handeln tatbestandsmäßig ist, wird für derartige Verfügungen vor der Eröffnung des Konkurses in der Regel die Konkursanfechtung durchgreifen. Immerhin sind Fälle denkbar, in denen diese auf Schwierigkeiten stoßen und § 181 KO. bzw. § 243 KO. für den Konkursverwalter praktisch werden wird [10]).

Hier fragt es sich zunächst, ob § 181 KO. sowohl das Zusichern wie das Gewähren der Sondervorteile oder nur das Verpflichtungsgeschäft für nichtig erklärt. Da das Verbot des § 181 KO. sich gegen alle Beteiligten, sowohl gegen die Annahme wie gegen die Hingabe der Leistung richtet, müßte dann grundsätzlich die Vorschrift des § 817, S. 2 BGB. eingreifen. Rechtslehre und Rechtsprechung vertraten bisher den letzteren Standpunkt [11]). Neuerdings nimmt Jaeger an [12]), daß sich das Verbot des § 181 KO. auf das gesamte Abkommen im wirtschaftlichen — hier maßgeblichen Sinne —, das neben dem Versprechen auch das Gewähren der Vorteile umfasse, beziehe. Nur für Nichtigkeit des Grundgeschäfts spricht freilich der Wortlaut des Gesetzes („Abkommen"). Er steht insoweit in Parallele zu § 150, Ziff. 3 der östr .KO., der bei Sonderbegünstigungen lediglich die „Vereinbarung" bzw. das „zur Verdeckung einer solchen Vereinbarung eingegangene Verpflichtungsverhältnis „für nichtig erklärt. Auch dürfte § 243 KO., auf den Jaeger u. a. hinweist, kein sicheres Argument bilden. Er bezeichnet zwar sowohl das „Versprechen" wie das „Gewährenlassen" beim Stimmenverkauf als strafbar. Er verfolgt aber als Strafgesetz, das jede Betätigung verwerflicher Gesinnung — also sowohl das sich Zusichern wie das Sich-geben-lassen — erfassen muß, andere Zwecke als die materiell-konkursrechtliche Vorschrift des § 181 KO. (vgl. auch § 331 StGB.). Überzeugend dürfte dagegen die Begründung Jaegers im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes sein: § 181 KO. entzieht dem Sonderabkommen die Wirk-

9) Vgl. RGZ. 72, 486; 41, 42.

10) Z. B. der Schuldner gewährt einem besonders hilfsbedürftigen Kleingläubiger schon vor dem „materiellen" Konkurse einen Sondervorteil unter der Zusicherung, daß eine außergerichtl. Einigung mit den Gläubigern so gut wie sicher, das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs aber keinesf. in Zweifel zu ziehen sei.

11) U. a. RGZ. 72, 46 u. ältere Aufl. d. Kom. v. Jaeger; Planck zu § 817, 3.

12) Vgl. Jaeger, Kom. Bd. II § 181 Anm. 8, 4 und Konk. Treuh. 1935, S. 83 ff.

samkeit, damit der einzelne begünstigte Gläubiger nicht für einen dem gemeinsamen Gläubigerinteresse widerstreitenden Zwangsvergleich stimme. Die Vorschrift wäre aber in zahlreichen Fällen bedeutungslos und verlöre nahezu ihren Sicherungszweck, wenn der Gläubiger — wie die Gegenmeinung annimmt — die übertragenen Rechte erwürbe und gemäß § 817, S. 2 BGB. grundsätzlich behalten dürfte. — Die Ansicht Jaegers wird im übrigen auch durch rechtsvergleichende Ergebnisse wie die für das englische, französische, spanische und insbesondere auch das österreichische Konkursrecht [13]), die eine Rück- bzw. Herausgabe der Sondervorteile ausdrücklich anordnen, bestätigt. — § 817 BGB. kann daher im Bereich des § 181 KO. nur für die wenig bedeutungsvolle Besitzkondiktion Anwendung finden und muß im übrigen dinglichen Herausgabeansprüchen (bei Sachen) oder Feststellungsklagen (bei Forderungen) Raum geben.

Das gleiche muß aber für Vorteile gelten, die gemäß § 243 KO. gewährt wurden, da auch hier ähnliche Gründe für die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts angeführt werden können.

§ 817 BGB. erfaßt neben Leistungen, deren Anname bzw. Hingabe selbst sich als verbots- oder sittenwidrig darstellt, solche, mit denen nur ein weiterer normwidriger Zweck verfolgt wird. Er bezieht sich auch auf den Gegenwert der unerlaubten Leistung, sofern seine Hingabe jene herbeiführen soll [14]). Dagegen gilt er als Ausnahmevorschrift nicht für solche Leistungen, die lediglich vorübergehend zur Unterstützung des Hauptgeschäfts in das Vermögen des Empfängers übergehen sollen. Dahin gehören solche,

13) § 150 östr. KO.: „... Was auf Grund einer ungültigen Vereinbarung oder auf Grund eines zur Verdeckung einer solchen Vereinbarung eingegangenen Verpflichtungsverhältnisses geleistet worden ist, kann, unbeschadet weitergehender Ersatzansprüche, binnen 3 Jahren zurückgefordert werden." (Eine Ausnahmevorschrift gegenüber den dem § 817 BGB. ähnelnden Bestimmungen des § 1174 östr. ABGB. — vgl. Bartsch-Pollak, a. a. O. zu § 150 KO. Anm. 26.) Unter den Voraussetzungen des § 161 östr. KO. kann ferner jeder Konkursgläubiger, ohne seine Rechte aus dem Ausgleich zu verlieren, innerhalb von 3 Jahren nach Bestätigung des Ausgleichs den Anspruch auf Bezahlung des Ausfalles oder Unwirksamkeit der sonst gewährten Begünstigung klagweise geltend machen. — Für das engl. Recht vgl. d. Ausf. v. Williams, a. a. O. S. 95, Eckstein, a. a. O. S. 289, wonach das Versprechen der Vorteile nichtig ist und die bereits erfolgte Leistung zurückverlangt werden kann, ja, sogar der Vergleich selbst hinfällig wird (ob dies nur für die „composition" oder auch für die 2. Vergleichsart, den „scheme of arrangement" gilt, ist allerdings zweifelhaft (Eckstein das.). — Für das franz. Recht vgl. Art. 598, 2 C. com u. dazu Jaeger, Bd. II, § 181, f. d. span. R., Art. 899 Cód. Com.

14) Vgl. Planck, Kom. zu § 817, 3.

die auf einem lediglich gemäß § 139 BGB. nichtigen Nebenvertrage beruhen oder bei denen der Empfänger beim Erwerbe des Rechts gleichzeitig die Rückgabepflicht auf sich nimmt [15]).

In subjektiver Hinsicht ergibt sich aus dem Strafcharakter der Vorschrift zunächst, daß der Empfänger bzw. der Leistende nach seiner Geistesbeschaffenheit das erforderlich Einsichts- und Hemmungsvermögen bzgl. der objektiv und tatbestandsmäßig vorhandenen Unerlaubtheit seines Handelns haben muß [16]) (vgl. dazu die §§ 827, 828 BGB.). Andernfalls kann ihm sein Verhalten nicht persönlich zum Vorwurf gemacht werden. Weiterhin muß er sich beim Empfange bzw. bei der Hingabe der Leistung der Normwidrigkeit seines Tuns bewußt sein; jedoch kann unter Umständen schon grobe Fahrlässigkeit genügen [17]). Ob die Kenntnis nur die in Betracht kommenden Tatsachen oder auch das Verbotsgesetz bzw. die Sittenwidrigkeit umfassen muß, ist streitig [18]). M. E. ist zu unterscheiden: Die Kenntnis der guten Sitten ist ohne weiteres vorauszusetzen, da sonst ein Freibrief für laxere Anschauungen erteilt werden würde [19]). Das gleiche muß aber zum mindesten hinsichtlich aller Strafgesetze gelten. Bei ihnen handelt es sich um Normen, die dem allgemein-sittlichen Empfinden des Volkes entsprechen, deren Kenntnis somit von jedem, der diesem angehört oder sich im Staatsgebiet aufhält, erwartet werden kann. Diesen Gesetzen sind sinngemäß noch sonstige gleichzustellen die kraft ihrer inneren Bedeutung und langen Geltungsdauer an sich jedem bewußt sein müssen [20]). Die Kenntnis der Norm ist somit nur bei den übrigen Verbotsgesetzen erforderlich.

Unter diesen Umständen ist der Anwendungsbereich des § 817 BGB. trotz Annahme des Strafcharakters ein weiter.

---

15) Vgl. RGK. Bd. II (1929) zu § 817, 3; RGZ. 325 ff.; Staudinger, Kom. Bd. II zu § 817, 2 d; Planck, Kom. zu § 817, 5 b u. c.

16) Vgl. RGK. Bd. II (1929) zu § 817, 3.

17) Vgl. JW. RG. i. JW. 1936, 1955 u. 2532; Oertmann, Kom. zu § 817, 1.

18) Enneccerus (Schuldrecht, 1928, S. 649 Anm. 3) will Kenntnis der Tatsachen genügen lassen; RG. fordert grundsätzlich Kenntnis der Norm, macht aber eine Ausnahme bei Verbotsgesetzen „die kraft ihrer inneren Bedeutung und der langen Zeit ihrer Geltung in das Allgemeinbewußtsein des Volkes übergegangen sind, sodaß sie regelmäßig als bekannt vorausgesetzt werden dürfen". (RGZ. 95, 349; vgl. auch RGZ. 104, 54, 105, 272; JW. 1924, 1308.)

19) Vgl. Lehmann in JW. 1931, 1924 und Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, S. 748.

20) Vgl. RGZ. 95, 347; 104, 54; 105, 272; RG. in JW. 1924, 1308; RGK. Bd. II (1929) zu § 817, 1; Planck zu § 817 II, 2, 5 d; Warneyer, Kom. Bd. II zu § 817 II.

4. Ausblick in andere Rechte.

Das für § 817 BGB. festgestellte Ergebnis soll wegen des Auslegungsstreits über dessen Rechtsnatur im folgenden mit demjenigen anderer europäischer Rechte verglichen und dabei geprüft werden, ob diese die Annahme einer zivilrechtlichen Vorschrift poenalen Einschlags bestätigen. Die europäischen Völker haben sich in ihrer gesamten Kultur und daher auch in ihren Rechtsordnungen auf verwandter rassischer Grundlage wechselseitig beeinflußt. Mit Ausnahme des englischen haben sie alle mehr oder minder das römische Recht im Zusammenhang mit den Geistesströmungen des Humanismus und der Renaissance aufgenommen. Sie haben es dabei zwar — den jeweiligen Daseinsbedingungen entsprechend — verschieden umgewandelt; aus der Ausgestaltung eines Rechtsinstituts können aber immer dann noch in besonderem Maße Schlüsse für die Auslegung des entsprechenden deutschen gezogen werden, wenn es — wie die „ungerechtfertigte Bereicherung" — römischen Ursprungs ist. Bei der vergleichsweisen Darstellung werden sich die wertvollsten Ergebnisse — ebenso wie für die bereits ausgeführte Rechtsstellung des Konkursverwalters — in den verwandten österreichischen und schweizerischen Rechten feststellen lassen.

a) Die Stellungnahme des englischen Rechts.

Das englische Recht ist an sich zur vergleichsweisen Heranziehung ungeeignet. Es hat im Gegensatz zu anderen europäischen Rechten, die durchgreifend römischrechtlich beeinflußt wurden, keine eigentliche Bereicherungslehre entwickelt[1]). Den §§ 812 ff. BGB. verwandte Probleme regelt es mit Rücksicht auf das kontraktrechtliche Institut der „consideration"[2]), das sich von dem „causa"-Begriff ganz wesentlich unterscheidet, völlig anders. Immerhin interessiert die Stellungnahme zum Tatbestande des § 817 BGB.

Die englische Rechtsordnung, die sinngemäß auch von völkischen Sittlichkeitsideen bestimmt wird, muß, um sich aufrechterhalten zu können, dem verbots- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäft grundsätzlich ebenfalls den Erfolg versagen. Handlungen oder

1) Bemerkenswert ist, daß das Problem dagegen in der amerikanischen Theorie bereits Beachtung findet (vgl. dazu Klang, Kom. z. östr. ABGB. Bd. IV, S. 448).

2) Über den Begriff Schirrmeister-Prochownick, a. a. O. Bd. II, S. 35 ff.

Unterlassungen, die an sich nicht rechtsgültig oder sittenwidrig sind oder gegen die „public policy" verstoßen, sowie deren Versprechen machen daher die „consideration" grundsätzlich nichtig. Auch einem selbst fehlerfreien Leistungsversprechen, das auf einer normwidrigen consideration beruht, wird der Erfolg versagt [3]). (A verspricht dem B Geld, wobei die consideration darin besteht, daß B seinerseits sich verpflichtet, etwas Unerlaubtes zu tun.) Insoweit entspricht das Ergebnis ungefähr den §§ 134, 138 BGB. Der unschuldigen Partei wird aber bei Unkenntnis des verbotenen Vertragszweckes ein Klagrecht gewährt, soweit nicht bei der Erfüllung Gesetz oder Common Law unmittelbar verletzt werden müßten [4]). — Dagegen wird der Fall, daß „property" (d. h. irgendwelche Vermögenswerte) im Hinblick auf einen gegen Gesetz, Common law oder die guten Sitten verstoßenden Zweck übertragen wurde, nicht unter dem starren poenalen Gesichtspunkt des § 817 BGB. geregelt [5]). Bemerkenswert ist jedoch, daß dabei eine subjektive Wertung stattfindet, wodurch das Erfordernis eines bewußten Handelns für § 817 BGB. in gewisser Weise bestätigt wird:

Die Rückforderung wird im rechtspolitischen Interesse unbeschränkt zugelassen, bis ein „wesentlicher Teil" des normwidrigen Zweckes erfüllt wurde. Nachträglich kann aber grundsätzlich nur der schuldlos Handelnde seine Leistung zurückverlangen, während bei bewußtem Verstoß keine Rechte entstehen. Eine Ausnahme gilt dabei für den — freilich wohl seltenen — Fall, daß zwar beide Teile schuldhaft handelten, der eine jedoch in „minore delicto" ist: Hier wird ein Rückforderungrecht gewährt.

Das englische Recht trifft demnach für den Tatbestand des § 817 d. BGB. unter Zugrundelegung seiner besonderen, den kontinentalen Rechten fremden Begriffe eine in etwa der des § 254 BGB. ähnelnde Regelung, die dem billigen richterlichen Ermessen weiten Spielraum läßt.

b) Die Stellungnahme des französischen und des spanischen Rechts.

Dem französischen Recht läßt sich für das Wesen des § 817 deutsch. BGB. ebenfalls wenig entnehmen.

---

3) Zu allem Schirrmeister-Prochownick, a. a. O. Bd. II. S. 35, Bd. I, 1, S. 548.
4) Vgl. Schirrmeister-Prochownick, Bd. I, 2, S. 555.
5) Vgl. hierüber Schirrmeister-Prochownick, a. a. O. Bd. I, 1, S. 548, 552, 569 ff.

Im Code civil fehlt ein einheitlich geregeltes Bereicherungsrecht [1]), für das sich in den Artt. 1376—1381, 1131—1133 C. civ. nur gewisse Stützpunkte finden. Rechtslehre und Rechtsprechung bemühen sich aber — dem den Franzosen in besonderem Maße eigenen Bestreben nach logischer Klarheit der Begriffsbildung entsprechend — um die Ausbildung einer eigentlichen Bereicherungslehre [2]). Diese wird im Anschluß an die vorerwähnten Vorschriften des C. civ., insbesondere die französische „causa"-Lehre [3]), aus gewohnheitsrechtlichen, aus naturrechtlichen, aus moralischen oder allgemeinen Grundsätzen der Gleichheit und Billigkeit heraus entwickelt. Daß das Problem des § 817 BGB. noch keine besondere Beachtung gefunden hat, ist bei solchem Rechtszustand erklärlich:

Die Rechtsprechung schwankt. Teils wird der Rückforderungsanspruch trotz beiderseitigem normwidrigen Handelns grundsätzlich für gerechtfertigt [4]), teils schlechthin für unbegründet erklärt [5]). Nur bei einem im engeren Sinne des Wortes „unsittlichen" Zwecke wurden Klagen von den Gerichten übereinstimmend wegen des unmoralischen Gegenstandes selbst abgewiesen [6]). Demgegenüber wird von Seiten der Rechtslehre [7]) hervorgehoben, daß die römischrechtlichen, früh rezipierten Grundsätze, insbesondere, daß „in pari turpitudine melior est conditio possidentis" mangels ausdrücklicher Aufhebung oder Widerspruches mit dem Gesetz noch volle Geltung hätten. Da die condictio ob turpem vel iniustam causam offensichtlich Strafcharakter hatte, läßt sich also nur sagen, daß der Strafzweck des Zivilrechts hier immerhin von einem Teil der Rechtslehre vertreten wird. Mit diesem Ergebnis ist aber, weil sich jene Anschauung im französischen Recht nicht allgemein durchgesetzt hat, für die Rechtsnatur des § 817 BGB. nicht viel gewonnen. —

---

1) Der franz.-ital. Entw. eines Obligationenrechts sieht dagegen eine einheitliche Regelung vor (Wilburg, a. a. O. S. 6, 7).
2) Vgl. darüber Wilburg, a. a. O. S. 77 ff.; Aubry et Rau, Droit Civil Bd. VI, S. 319; Josserand, Droit Civil Bd. II, S. 273 ff.; Planiol-Ripert, a. a. O. Bd. 7, S. 45 ff.; Planiol, Bd. II, S. 318.
3) Über den streitigen Causabegriff: Zivilges. d. Gegw. Bd. I zu §§ 1131, 1133; Josserand, Bd. II, S. 59 ff.
4) So die Rechtsprechung d. Cour de Cassation (Ch. civ.). — Vgl. Gaz. Pal. 1921 (1), 365 mit Note; 1911 (2), 568.
5) So d. Rechtspr. d. Ch. d. requêtes — vgl. Gaz. Pal. 1911 (1), 456.
6) Vgl. Zivilges. d. Gegenw. Bd. I, § 1133 III mit Zit.
7) Vgl. Aubry et Rau, Droit C. Bd. VI, S. 319, Anm. 2, 324 ff.

Hinsichtlich des spanischen Rechts, das hier wertvollere Ergebnisse als das französische vermittelt, sollen die Bestimmungen des § 817 BGB. nur mit den entsprechenden des Código Civil von 1889, der zwar in den 39 kastilischen Provinzen primäre, in den übrigen Landesteilen aber lediglich subsidiäre oder sogar zweitsubsidiäre Geltung beansprucht [8]), verglichen werden. Mit Rücksicht auf die außerordentliche Zersplitterung des bürgerlichen Rechts würde im Rahmen dieser Arbeit ein Eingehen auf sonstige, evtl. in Betracht kommende Rechtsquellen zu weit führen.

An Stelle eines allgemeinen Bereicherungsrechts sind im Cód. Civ. nur einzelne Anwendungsfälle des Prinzips geregelt — eine Tatsache, die bei seiner übereilten Abfassung und der weitgehenden Anlehnung an den französischen C. civ. [9]) ohne weiteres verständlich erscheint. Trotzdem findet die allgemeine Lehre vom „Enriquecimiento injusto" in Theorie und Praxis Anerkennung. Man entwickelt sie im Anschluß an den „causa"-Begriff [10]) fort oder nimmt ein auf römischrechtlicher Grundlage aufgebautes, völlig unabhängiges Gewohnheitsrecht [11]) an.

Der Fall des § 817 BGB. ist im Gegensatz zum französischen Recht in den Artt. 1305, 1306 Cód. Civ. ausdrücklich geregelt. Danach sind, falls bei Nichtigkeit eines Vertrages wegen Unerlaubtheit der causa oder des Gegenstandes von beiden Teilen gleichzeitig ein „delito" oder eine „falta" [12]) begangen wurde, unter Ver-

---

8) Nach den Richtlinien der Ley de bases, vom 11. 5. 1888 sollte der Cód. Civ. ein einheitliches nationales Recht schaffen; im Endergebnis wurde aber ein Rechtszustand gesetzt, der in seiner Zersplitterung demjenigen in Deutschland vor Inkrafttreten des BGB. ähnelt: Selbst für die kastilischen Provinzen wird teilweise älteres Recht ausdrücklich aufrecht erhalten; im übrigen wird angeordnet, daß Lücken im Gesetz durch das örtliche Gewohnheitsrecht und bei Fehlen eines solchen durch „die allgemeinen Prinzipien des Rechts", d. h. ältere spanische Rechtsquellen oder Grundsätze des klassischen römischen Recht auszufüllen seien. In den anderen 10 Provinzen gilt das sogen. „Derecho foral" (ältere, teils noch aus dem Mittelalter stammende und häufig germanisch beeinflußte Rechtsquellen) in verwickelter Reihenfolge als primäre Rechtsquelle. (Näheres bei v. Rauchhaupt, Geschichte d. spanischen Rechtsquellen, insbesondere S. 276, 295; Wohlhaupter i. Deutsch. R. 1936, S. 171.)

9) Der Einfluß des franz. Rechts geht — trotz des vorhandenen national-spanischen Ideenguts — sehr weit, etwa 250 Artt., des Cod. civ. wurden nur übersetzt, während etwa 800 denen des C. civ. immerhin inhaltlich nachgebildet wurden. (Vgl. v. Rauchhaupt, a. a. O. S. 277, 272.)

10) Artt. 1274 ff.

11) So Colin y Capitant, Derecho C. Bd. III, S. 839

12) Strafrechtliche Begriffe des Cód. Pen.

weigerung des Rechtsschutzes die entsprechenden Vorschriften des Código Penal über die Einziehung der producta et instrumenta sceleris anzuwenden [13]). Bei einseitigem Verstoß darf dagegen der „no culpado" seine Leistung verweigern bzw. zurückverlangen (Art. 1305). Liegt dagegen weder ein „Delikt noch ein Fehler vor, so kann bei beiderseitiger „culpa" keine der Parteien die versprochene Leistung verlangen, bzw. das Hingegebene zurückfordern. Bei Verschulden nur eines Teiles darf jedoch der Gegner, der „extraño a la causa torpe" war, seine Leistung zurücknehmen, ohne seinerseits zur Gegenleistung verpflichtet zu sein (Art. 1306).

Die Regelung in Verbindung mit dem Strafrecht, die nahe Anlehnung an die römisch-rechtlichen Grundsätze (entsprechend der schon früh unter der Römerherrschaft begonnen Rezeption zahlreicher römischer, für das „romanische" Volk wesensverwandter Grundsätze) und nicht zuletzt die Fassung des Gesetzes, die eine „culpa" der Beteiligten für wesentlich erklärt, lassen also das poenale Element klar und eindeutig hervortreten.

c) Die Stellungnahme des österreichischen und des schweizerischen Rechts.

Für das österreichische Recht ist das Vorhandensein eines einheitlichen Bereicherungsrechts bestritten. Tatsächlich fehlt in der Systematik des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs eine zusammenfassende Regelung; auch wird der Ausdruck „Bereicherung" nirgends im Gesetz erwähnt. Den Aufgaben unseres Bereicherungsrechts dienen die unvollkommenen, verstreuten Vorschriften der §§ 1431—1437 und 1174, denen die der §§ 1041—1043 (Fälle der actio de in rem verso) nahestehen.

Ehrenzweig [1]) behauptet, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung weder Grund noch Gegenstand dieser Rückforderungsrechte sei. Es seien lediglich selbständige Ansprüche wegen Grundlosigkeit der Leistung mit dem Ziel der Wiederherstellung des vorhergehenden Zustandes.

Demgegenüber führt Swoboda [2]) überzeugend aus, daß das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von einem einheitlichen Bereicherungsrecht mit entsprechenden Voraussetzungen und Wir-

---

13) Vgl. Artt. 48, 597, Cód. Pen. i. d. Fass. d. Ges. v. 8. 9. / 27. 10. 1932, wobei gemäß Art. 598 bei „faltas" die Einziehung fakultativ ist.

1) Syst. d. A. PrR. Bd. II, S. 733.

2) In Klang, Kom. z. ABGB. Bd. 4 zu § 1431 ff. — derselben Ansicht Krasnapolski-Kafka, zit. das., S. 448.

kungen ausgehe, ohne es im gesamten schriftlich niedergelegt zu haben. Es hebe nur einzelne Anwendungsfälle ausdrücklich hervor, die jeweils bei denjenigen Rechtsinstituten, zu denen sie am besten paßten, eingefügt seien.

Die Ansicht wird mit der Vorgeschichte des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches und den besonderen philosophischen Gedankengängen, auf denen es beruht und die teilweise unmittelbar in ihm Ausdruck gefunden haben, begründet. Danach sind alle früheren Entwürfe des ABGB. vom Bereicherungsgedanken ausgegangen. Zeiller, der Hauptredaktor des ABGB. (Professor des „Naturrechts") hat diesen, wie Swoboda im einzelnen nachweist, übernommen. Er hat ihn dabei aber unter Ablehnung der — früher herrschenden — quasivertraglichen Lehre auf die neue Grundlage des naturrechtlichen Gerechtigkeitsprinzips gestellt, weil eine „natürliche" von dem positiven Gesetz ausgesprochene Gerechtigkeit, sich mit fremdem Schaden nicht zu bereichern", bestehe. Vom modernen deutschen Standpunkt aus ist nicht der Wille des Gesetzgebers, sondern in erster Linie derjenige des Gesetzes selbst für die Rechtsauslegung entscheidend. Da in der unvollkommenen Einzelregelung des ABGB. auch die Ablehnung eines allgemeinen Prinzips erblickt werden könnte, muß man sich also zum Verständnis des österreichischen Bereicherungsrechts die Eigenart des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vergegenwärtigen: Dieses im Jahre 1811 nach langwierigen Vorarbeiten sanktionierte Gesetz beruht — dem Zeitgeist zufolge — noch auf naturrechtlich-philosophischen Gedankengängen. Aus der Anschauung heraus, daß alles „Recht" bereits naturgegeben im „Vernunftkodex" [3]) vorhanden sei und lediglich — gewissermaßen deklaratorisch — im geschriebenen Gesetze niedergelegt zu werden brauche, werden im § 7 ABGB. die „natürlichen Rechtsgrundsätze" zur subsidiären Rechtsquelle erklärt. Durch die Anweisung, auf den Ursprung allen Rechtes zurückzugehen, stellt die Vorschrift also den Richter — wenn auch in anderer Weise als das einer neueren Geistesrichtung entstammende Schweizerische Zivilgesetzbuch [4]) — dem ordentlichen Gesetzgeber gleich. Nach dem Sinne des ABGB. soll der Richter dabei nicht nach seiner persönlichen

---

3) So Zeiller, zit. Klang, a. a. O. Bd. I, 1, S. 146.

4) Nach § 1 Schw. ZGB. soll der Richter nach den Regeln entscheiden, die „er" als Gesetzgeber aufstellen würde.

Meinung, sondern im Geiste der Gesetzesverfasser entscheiden [5]). Diese erblickten, wie aus den Materialien zum ABGB. und den Schriften Zeillers hervorgeht, in einem allgemeinen Gerechtigkeitsprinzip, das auch das Bereicherungsrecht umfassen sollte, einen der wichtigsten naturrechtlichen Grundsätze, die durch § 7 ABGB. in Bezug genommen werden. — Im übrigen müßte man, wenn man sich den Ausführungen Swobodas nicht anschließen wollte, im Hinblick auf die heutige Entwicklung wohl ein gewohnheitsrechtliches Bereicherungsrecht annehmen.

Von den gesetzlichen Vorschriften interessiert hier nur der § 1174 ABGB. näher. Danach kann derjenige, der etwas „wissentlich zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung gegeben", also formell gültig etwas geleistet hat, dieses nicht zurückfordern. Zur weiteren Erläuterung fügt das Gesetz hinzu, daß ein zum Zweck eines verbotenen Spiels gegebenes Darlehen ebenfalls unter die Bestimmung falle. Das zur Verhinderung einer unerlaubten, tatsächlich geplanten Handlung Geleistete soll dagegen zurückgefordert werden dürfen.

Die Vorschrift hat, wie sich schon aus dem Erfordernis der „wissentlichen" Hingabe und der Zulässigkeit staatlicher Einziehung durch besondere politische Verordnungen [6]) ergibt, bußartigen Charakter [7]). Sie verbindet den naturrechtlichen Gerechtigkeitsgedanken mit rechtspolitischen Zwecken. Gedanklich geht sie auf die römischrechtliche condictio ob turpem causam und eine Bestimmung des Codex Theresianus, die hier sogar von einem „Verbrechen" spricht [8]), zurück. Für die Fassung diente eine der Dekretalen Innozenz III. [9]) als Vorbild. Unter „unerlaubte" Handlungen fallen nach dem Gesetzeszweck und dem Sprachgebrauch zur Zeit der Abfassung des ABGB. auch „sittenwidrige" [10]). Die

5) Klang, a. a. O. Bd. I, 1, S. 119, 147 — vgl. auch den Wortlaut des § 7 ABGB., der allerdings nur eine Gesetzes„auslegung" nach Wortlaut und „klarer Absicht des Gesetzgebers" fordert.

6) Wovon wenig Gebrauch gemacht wurde. — Beispiele: §§ 104, 105 östr. StGB. (Einziehung bei Beamtendelikten zugunsten des Armenfonds.)

7) Vgl. dazu Swoboda bei Klang, a. a. O. Bd. III, S. 444.

8) C. Ther. III, XX § III Nr. 24, zit. Klang, a. a. O. Bd. III, S. 440: „Wo die Ungebührlichkeit oder der Unfug entweder an Seite des Gebenden zugleich oder auch allein unterwaltete, ... wird ein wahres Verbrechen begangen .... und dem Gebenden wegen Entdeckung seiner eigenen Schand alle Rechtshilfe billig versagt."

9) C. 8 X de donationibus 3, 23: „pro se immo potius contra se turpitudinem allegabant". (Zit. bei Klang, a. a. O. zu § 1174.)

10) Klang, a. a. O. Bd. III, S. 444 mit näheren Nachweisen, Bd. I § 6 A I, 1.

Vorschrift wird außerdem auf entgeltliche Verträge über „Sachen" erstreckt. Das Ergebnis entspricht somit der für § 817 d. BGB. bei Annahme des Strafcharakters festgestellten Auslegung. —

Ähnlich, jedoch klarer ist die Rechtslage im schweizerischen Recht. Das Obligationenrecht vom 30. März 1911 regelt in den Artt. 62 ff. ein allgemeines Bereicherungsrecht in knapper, vorbildlicher Form. Es erblickt den Mangel des Rechtsgrundes — allgemein gesprochen — in einer vorläufig im Interesse des Rechtsverkehrs und der Rechtslogik gültigen, auf die Dauer aber mit den Zwecken der Rechtsordnung unvereinbaren Vermögensverschiebung. Auf dieser einheitlichen Grundlage gelangt es zur Anerkennung verschiedener gesetzlicher Ansprüche. Vielfach wird angenommen, daß diese gegenüber vertraglichen, deliktischen und dinglichen Klagen subsidiäre Geltung hätten [11]), worauf hier nicht näher einzugehen ist. Hervorzuheben ist jedoch, daß die Anwendung der Vorschriften — anders als im deutschen Recht — für den Grundbuchverkehr wesentlich beschränkt wird: Nach Art. 974, 2 ZVG. ist ein Eintrag, der „ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft" erfolgt, „ungerechtfertigt", d. h., wie § 975 ZVG. ergibt [12]), unwirksam.

Von den einzelnen Vorschriften des Bereicherungsrechts ist hier nur Art. 66 OR. zu erwähnen. Danach kann das, „was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist", nicht zurückgefordert werden. Die Vorschrift geht auf die condictio ob turpem vel iniustam causam zurück. Sie berücksichtigt im Gegensatz zu § 817 d. BGB. nur das Verhalten des Leistenden [13]) und bringt schon durch ihre Fassung, die einen „absichtlichen" Verstoß voraussetzt, das subjektive Element klar zum Ausdruck. Der rechtspolitische Grund der Regelung ist, wie Becker [14]) erwähnt, umstritten. V. Tuhr [15]) mißt ihr Strafcharakter bei. Auch die Entscheidungen des Bundesgerichts bemerken für den Art. 73 alt. OR., daß dieser von dem Grundsatz „in pari turpitudine melior est causa possidentis" aus-

11) Oser, Kom. z. OR. Vor. Art. 62 ff., S. 426 — and. d. deutsche Recht (vgl. RGK. Vor. § 812. 6); RGZ. 48, 139.
12) § 975, 2 ZGB. gibt einen Anspruch auf Löschung, bzw. Abänderung des Eintrags. (Vgl. dar. auch v. Tuhr, OR., S. 371.)
13) Für den Empfänger gelten insoweit lediglich der Art. 20 (Nichtigkeit von Verträgen mit widerrechtlichem oder unsittlichem Inhalt) u. die dem §§ 812, 814 deutsch. BGB. entsprechenden Artt. 62 ff. OR.
14) B. Gmür, Kom. z. Schw. ZGB. Bd. VI, 1, z. Art. 66, 1.
15) v. Tuhr, a. a. O. S. 381.

gehe und hier im Hinblick auf den unsittlichen Erfolg, der als „verpönt" erscheine, „kein Recht gehalten werden könne" [16]). Der Ansicht, die in Art. 66 OR. ein poenales Element erblickt, ist m. E. mit Rücksicht auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung, das gesetzliche Erfordernis des bewußten Handelns und den strikten Ausschluß der Rückforderung, den die Praxis auch auf alle Nebenleistungen, welche die Erfüllung der unsittlichen Hauptleistung sichern sollen, sowie vorübergehende Zuwendungen ausdehnt [17]), zuzustimmen. — Immerhin mag auch der rechtspolitische Grund, daß der Empfänger andernfalls durch den Verlust der Leistung besonderen Anreiz zur Ausführung der mißbilligten Handlung erhalten könnte, mitspielen [18]).

Es wird also die Annahme einer Sondervorschrift mit poenalem Einschlag für § 817 deutsch. BGB. vor allem durch das österreichische, das schweizerische und das spanische Recht klar und eindeutig bestätigt, während die dem englischen und dem französischen Recht zu entnehmenden — freilich schwachen — Argumente immerhin zur Unterstützung des Gesamtergebnisses herangezogen werden können.

III. Die Ergebnisse für das Problem, d. h. die Auswirkung des Konkurses auf die Fälle des § 817 Satz 1 und 2 BGB.

Nach den vorhergehenden Erörterung ist für die Anwendung des § 817 BGB. im Konkurse also davon auszugehen, daß der Konkursverwalter ein neutrales, persönlich i. d. R. auszuschaltendes Verfahrensorgan und § 817 BGB. eine Vorschrift poenalen Einschlags sei.

Soweit lediglich der erste Satz des § 817 BGB. in Betracht kommt, entstehen dabei keine Schwierigkeiten. Wenn der Bereicherungsanspruch bei Konkurseröffnung auf Seiten des Gemeinschuldners gegeben war, gehört er nach § 1 KO. zur Masse und ist vom Verwalter pflichtgemäß zu verwirklichen, während er beim Erwerb auf Seiten des Gegners gemäß § 3 KO. als gewöhnliche

16) Vgl. BGE. 37 (2), 68; 26 (2), 143.
17) BGE. 29 (2), 471; 37 (2), 68.
18) Vgl. Gmür, a. a. O. Bd. VI, 1 z. Art. 66, 1.

Konkursforderung verfolgt werden kann. Dagegen erscheint die Anwendung des 2. Satzes des § 817 BGB. zweifelhaft. An sich wäre — wie in der Einleitung dieser Arbeit bereits hervorgehoben wurde — die Rückgewährpflicht im Interesse der Gläubiger billig. Auch deutet der Strafzweck der Vorschrift, der unmittelbar für den Schuldner, nicht für unbeteiligte Dritte gedacht ist, auf eine Entscheidung in dieser Richtung hin. Andererseits kann der Gesetzeszweck nicht ohne weiteres zur Ausschaltung des 2. Satzes führen. Der Tätigkeitsbereich des Verwalters erstreckt sich grundsätzlich nur auf solche materiellen Rechte, die dem Gemeinschuldner persönlich zustehen. Der Ausschluß der Rückgewähr für den Gemeinschuldner scheint daher auch für den Konkursfall zu gelten. Jedenfalls tritt allein durch die Tatsache, daß der Anspruch nunmehr vom Verwalter zu erheben wäre, keine Änderung der Rechtslage ein. Der Konkursverwalter handelt — entgegen den Ausführungen des Reichsgerichts — nicht im „eigenen" Namen, sondern ausschließlich als formell-rechtliches Organ; daß ihm selbst ein Sittenverstoß nicht zur Last gelegt werden kann, ist somit unerheblich. Im übrigen würde auch der Strafzweck des § 817 BGB. nicht voll erreicht: Der „schuldige" Gemeinschuldner würde durch die Rückgewähr der Leistung und die Befriedigung der Gläubiger von seinen Verbindlichkeiten entsprechend befreit werden. Vor allem würden aber in 1. Linie die Konkursgläubiger als unbeteiligte Dritte durch den Ausschluß der Rückforderung betroffen werden. — Es muß somit versucht werden, auf anderem Wege zu einer billigen Entscheidung zu gelangen:

Rechtsvergleichende Argumente können der ausländischen Literatur zu dieser Arbeit nicht entnommen werden. Danach war das Problem bis jetzt nur im englischen Recht Gegenstand der Erörterung. Dort wurde die Rückforderung einer Leistung, die der Schuldner vor der Konkursrückwirkungszeit auf Grund eines durch „illegality" nichtigen Vertrages bewirkte, versagt[1]). Das Ergebnis, das mit dem Wesen des treuhänderischen Eigentums und der sonstigen Ausgestaltung des englischen Konkursverfahrens im Einklange steht, kann für das ganz anders aufgebaute deutsche Recht aber nicht verwendet werden. In den anderen Rechten ist

1) Vgl. Re. Mapleback, ex p. Caldecott 4 Ch. D. 150 — für die Konkursrückwirkungszeit nach ex p. Wolverhampton and Straffordshire. Banking Company, re Campbell 14 Q. B. D. 32, 1; 1 Mor. 261 dagegen folgerichtig Rückgewähr (Entsch. zit. b. Eckstein, a. a. O. S. 163).

die Frage anscheinend noch nicht aufgetaucht, was für Frankreich mit Rücksicht auf die erst allmählich erfolgende Entwicklung einer Bereicherungslehre leicht verständlich erscheint. Die Lösung kann daher allein dem deutschen Recht entnommen werden.

Entscheidend dafür sind m. E. das der Konkursanfechtung (§§ 29 ff. KO.) zu entnehmende argumentum a fortiori und die dem § 63 Ziff. 3 KO. zu entnehmenden Grundgedanken.

Durch die Anfechtung sollen der Masse Gegenstände, deren Entziehung aus bestimmten objektiven oder subjektiven Gründen nicht gerechtfertigt erscheint, wieder zugeführt werden. Im einzelnen suchen die Vorschriften einen Ausgleich zu finden zwischen dem Interesse der Gläubiger auf möglichst weitgehende Erhaltung von Befriedigungsobjekten und den Erfordernissen der Verkehrsfreiheit bzgl. der Gültigkeit von Verfügungen an sich Verfügungsberechtigter. Sie gewähren daher den Gläubigern (vgl. S. 20 ff. d. Arbeit) ein Rückforderungsrecht nur in gewissen Grenzen und erkennen im übrigen die Wirksamkeit des anfechtbaren Vorganges anderen als den Gläubigern, insbesondere dem Gemeinschuldner gegenüber, voll an. — Demgegenüber drängt die Sach- und Rechtslage im Falle des § 817 S. 2 BGB. noch viel mehr zur Gewährung eines Anspruches: Hier fehlt die Notwendigkeit eines Verkehrsschutzes. Ein anzuerkennendes Interesse am Leistungsgegenstande besteht nur auf Seiten der Gläubiger. Der Wunsch des „materiell" unberechtigten Gegners, das Empfangene zu behalten und gleichgerichtete Interessen des Gemeinschuldners sind wegen des beiderseitigen Normenverstoßes rechtlich unbeachtlich. Auch hat der Gegner im Verhältnis zu dem Gemeinschuldner nicht rechtlich einwandfrei, sondern nur zu „formellem" Recht erworben; seine Rechtsstellung ist somit noch schwächer als die des Anfechtungsgegners.

Es fragt sich lediglich, ob der Strafzweck des § 817 BGB. einer Anwendung der in §§ 29 ff. KO. liegenden Grundgedanken entgegensteht. Dies dürfte aber vor allem im Hinblick auf § 63 Ziff. 3 KO. (vgl. auch § 226, 2 [2]) zu verneinen sein. Die Vorschrift schließt „Geldstrafen" im weitesten Sinne des Wortes [2]) als Konkursforderungen aus, weil deren Berücksichtigung die Konkursdividende der Gläubiger schmälern und dadurch in erster Linie

2) Nach Jaeger, Kom. Bd. II § 63 Anm. 4 gehören neben echten Kriminalstrafen sinngemäß auch Disziplinar- und Ordnungstrafen, Zwangsstrafen des Vollstreckungsrechts sowie Wertersatzverbindlichkeiten an Stelle undurchführbarer Einziehungen dahin.

unbeteiligte Dritte benachteiligen würde. § 817 BGB. ähnelt, obwohl zivilrechtliche Vorschrift, seines Strafzweckes wegen den eigentlichen „Geldstrafen". Er ist daher den im Konkurse anmeldbaren Vertrags„strafen" [3]), die als Sicherungs- und Beugemittel für den Gläubiger keinen öffentlichrechtlich-poenalen, sondern ausschließlich zivilen Charakter haben [4]) keineswegs gleichzustellen. Der staatliche Geldstrafenanspruch bleibt zwar dem Gemeinschuldner gegenüber bestehen, während der Strafzweck des § 817 S. 2 BGB. beim Durchgreifen des Bereicherungsanspruches nicht mehr zur Auswirkung kommen kann. Es besteht aber nach § 63 Ziff. 3 KO. im deutschen Recht jedenfalls die Tendenz, Strafzwecke der Gläubigerbefriedigung gegenüber zurücktreten zu lassen [5]). Auch würde die „Strafe" im Falle der Rückforderung immerhin den Leistungsempfänger treffen. Hinzu kommt, daß vom Standpunkt der Güterabwägung aus das Interesse der unbeteiligten Gläubiger an der Rückgabe demjenigen der Allgemeinheit an der „Bestrafung" des normwidrig handelnden Gemeinschuldners vorgehen muß. Im übrigen ist die Allgemeinheit nach § 817 BGB. nur mit Rücksicht auf die „General"- und „Spezialprävention" sachlich interessiert; auch kommt die Leistung dem Gemeinschuldner nicht unmittelbar zugute.

Aus all diesen Gründen ist m. E. den Gläubigern ein vom Konkursverwalter geltendzumachender Anspruch auf konkursmäßige Verwertung (d. h. Duldung der Gesamtvollstreckung, nicht eigentliche Rückübertragung) [6]) zu gewähren, der noch das Prinzip der durch die §§ 29 ff. KO. getroffenen Ausnahmeregelung wahrt. Er muß — dem Konkursanfechtungsanspruch entsprechend— den Gläubigern im Rahmen der §§ 819, 818 BGB. persönlich zustehen. Die Leistung ist ferner im Falle einer Konkurseinstellung oder eines Überschusses bei der Verwertung dem Gegner auf Grund seines „formellen" Rechts zurückzugewähren. Die Lösung tritt also mit dem Ziel des § 817 BGB., den Gemeinschuldner an sich „rechtlos" zu stellen, durchaus nicht in Widerspruch. —

---

3) Vgl. Jaeger, a. a. O. Bd. II § 62 Anm. 2; RGZ. 21, 5; 49, 192.

4) Für die zivilrechtl. Natur RGK. (1934) Bd. I 339, 1; Oertmann i. Recht 1913, 186; RG. i. JW. 1913, 321; vgl. auch die Definition des Art. 1226 C. civ. — A. A. Staud., Kom. Bd. II, 1 Vor. §§ 339 ff.

5) Eine zwar allgemein als wünschenswert empfundene, aber nur von einzelnen Rechtsordnungen (u. a. d. östr.) anerkannte Regelung. (Vgl. Dölle, RVHWB. Bd. V, S. 110.)

6) Vgl. dazu S. 22 d. Arbeit.

In diesem Zusammenhang soll noch kurz die Anwendung des § 817 BGB., falls der Verwalter selbst innerhalb seines gesetzlichen Tätigkeitsbereichs normwidrig handelt, erörtert werden. Zu denken wäre etwa an Fälle, in denen der Verwalter Waren für den gemeinschuldnerischen Geschäftsbetrieb anschafft, die im freien Handel nur beschränkt oder gar nicht vertrieben werden dürfen. (Verstöße gegen das Süßstoffgesetz, verbotener Branntweinhandel.) Daß der Verwalter die Masse durch Maßnahmen innerhalb seines rechtlichen Wirkungskreises aus unerlaubter Handlung haftbar machen kann (z. B. durch schuldhafte Verletzung von Aus- oder Absonderungsrechten), rechtfertigt sich durch den Gesetzeszweck und die Notwendigkeit eines Schutzes der Geschädigten. Im Falle des § 817 BGB. fehlt aber ein schutzwürdiger Gegner; auch würde die Strafe nicht den eigentlich „Schuldigen", sondern die Gläubiger und den Schuldner, d. h. unbeteiligte Dritte, treffen. Vor allem wäre die in § 817 S. 2 BGB. liegende Wertung eines persönlichen Verhaltens mit der formellen Amtsstellung des Konkursverwalters unvereinbar, die eine grundsätzliche Ausschaltung subjektiver Momente erfordert. —

Nach den vorstehenden Einzelausführungen kann also § 817 Satz 2 BGB. im Konkurse überhaupt nicht zur Auswirkung kommen.

SCHLUSS.

Die Schwierigkeiten, die sich hinsichtlich des § 817 BGB. im Konkurse ergeben, beweisen nicht minder als die Versuche von Rechtslehre und Rechtsprechung in anderen Fällen, namentlich bei Wuchergeschäften, die unbilligen, gesunder Anschauung widersprechenden Rechtsfolgen zu umgehen [1]), die Änderungsbedürftigkeit des Gesetzes.

Freilich dürfte der erste Satz der Vorschrift nicht ganz wegfallen [2]): § 812 BGB. kommt nicht zur Anwendung, wenn die Hingabe der Leistung nicht in Erfüllung eines ungültigen Grundgeschäfts erfolgt, sondern unmittelbar zu einem normwidrigen Zweck.

1) Vgl. d. Ausf. v. Enneccerus-Lehmann, Bd. II, S. 750; RG. in JW. 1936, 1955.
2) Vgl. dazu Dölle in Schmoll. Jhb., Jahrg. 57, S. 667, a. A. Enneccerus-Lehmann, Bd. II, S. 750, der für Fortfall der ganzen Vorschrift eintritt.

§ 817 S. 1 BGB. ist daher als Ergänzungsvorschrift notwendig. Er müßte als Sonderfall beibehalten oder dem § 812 BGB. eingefügt und dabei gleichzeitig § 814 BGB. dahin geändert werden, daß insoweit Kenntnis des Leistenden die Rückforderung nicht ausschließe. Zur Klarstellung würde sich empfehlen, das Bewußtsein der Verbotswidrigkeit seitens des Empfängers (nicht dagegen das der Sittenwidrigkeit) — außer bei solchen Gesetzen, deren Kenntnis ihrer Bedeutung und Geltungsdauer zufolge vorausgesetzt werden darf — ausdrücklich zu verlangen. — Gegen den Rückerwerb des Leistenden dürften m. E. grundsätzlich keine Bedenken bestehen. Der Bereicherungsanspruch auf Grund des nur einseitigen Verstoßes, der selten gegeben sein wird [3]), erscheint meist den Umständen nach gerechtfertigt. Beispielsweise sollten bei Leistungen zwecks Verhütung normwidriger Handlungen vom sittlichen, vor allem aber vom rechtspolitischen Standpunkt aus keine Einschränkungen getroffen werden [4]); auch muß das Opfer einer Erpressung seine Leistung billigerweise zurückerhalten.

Dagegen müßte der zweite Satz des § 817 BGB. völlig geändert werden. Der Strafgedanke führt bei einseitigen Verträgen, vor allem aber auch bei Vorleistungen aus gegenseitigen Verträgen zur unberechtigten Begünstigung der einen — gleichfalls normwidrig handelnden — Vertragspartei. Auch wird bei beiderseitiger Erfüllung das gleiche Ergebnis wie bei vollgültigen Rechtsgeschäften erzielt. Die unbilligen Folgen könnten nur bei Regelung einer fiskalischen Einziehung für den Fall prozessualer Geltendmachung vermieden werden. Das Gesetz müßte diese zweckmäßig nur fakultativ zulassen, im übrigen aber die allgemeinen Vorschriften für anwendbar erklären. Auf diese Weise brauchen die Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners nicht stets benachteiligt zu werden. Auch könnte aus Billigkeitsgründen ein Rückforderungsrecht u. a. ausnahmsweise dann gewährt werden, wenn der andere Teil die Leistung unter Ausnutzung einer Machtstellung erlangte.

---

3) Bei der Entgegennahme von Lohn für die Erfüllung einer Amtspflicht, die eine Kondiktion begründen soll (u. a. RGK. 1929, Bd. II, § 817, 2), möchte ich auf Seiten des Gebenden einen Sittenverstoß i. S. v. § 817 S. 2 annehmen, weil sein Verhalten geeignet ist, das Ansehen der öffentlichen Autorität zu schädigen. (Meist wird hier gemäß § 333 RGB. die staatliche Verfallerklärung erfolgen.)

4) Vgl. dazu § 1174 ABGB., der hier das Rückforderungsrecht sogar ausdrücklich gewährt und damit die Möglichkeit einer Konfiskation durch „pol. V.O." von vornherein ausschließt.

Die rechtliche Grundlage wäre — soweit keine Einziehung erfolgte — durch § 242 BGB. gegeben:

Das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches betont zwar mehr die „Leistung" selbst als das „iuris vinculum", das nur der eigenmächtige Wille des Gläubigers zu lockern oder zu lösen vermag. Es bestimmt jedoch das Schuldverhältnis noch grundsätzlich als eine nur zwischen Gläubiger und Schuldner vereinzelt bestehende, von anderen Personen getrennt zu betrachtende Rechtsbeziehung. Durch die Generalklausel des § 242 BGB., die sich dem Zeitgeist und den jeweiligen Umständen anpassen soll, gibt es aber schon ohne Änderung der nationalsozialistischen Auffassung [5]) Raum, daß subjektive Rechte, die sinngemäß ihren Ursprung von der Gemeinschaft her niemals verleugnen können, auf gemeinschaftlicher Grundlage zu erfassen seien. Unter diesem Gesichtspunkt wären nicht nur die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, insbesondere das objektive und subjektive Maß ihres normwidrigen Handelns [6]), sondern gegebenenfalls auch die Interessen Dritter als Vertreter der Gemeinschaft zu berücksichtigen. Danach würde ein Rückforderungsrecht jedenfalls im Konkurse gegeben sein, zumal ein günstiges Konkursergebnis im Hinblick auf seine weiteren Auswirkungen auch den Belangen der Allgemeinheit dient [7]). —

Die dargestellte Änderung des § 817 BGB. würde an das richterliche Taktgefühl gewisse Anforderungen stellen. Sie ermöglichte aber m. E. Entscheidungen, die den mannigfaltigen Formen normwidrigen Handelns und den Gemeinschaftsbindungen derartiger Rechtsverhältnisse gerecht werden könnten.

---

5) Vgl. dazu RGK. Bd. I §§ 242, 1; 138, 1.
6) Vgl. hierzu die Regelung im englischen Recht, Teil II, 4 a der Arbeit.
7) Vgl. dazu die in der Einleitung dieser Arbeit angeführte Ansicht im Reichsgerichtsrätekommentar von 1934. — § 528 BGB., auf den dort verwiesen wird, bedeutet nur einen schwachen Ansatz in der oben angeführten Richtung, da bei Ehegatten und nächsten Verwandten naturgemäß eine enge Gemeinschaft besteht.

SCHRIFTENVERZEICHNIS.

I. Für das deutsche Recht.

1. Lehr- und Erläuterungsbücher.

Bley, Kommentar zur Vergleichsordnung, 1935.

Brand, Beamtenrecht, 2. Aufl. 1926.

Endemann, Das deutsche Konkursverfahren, 1889.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 12. Bearb. 1928, Recht der Schuldverhältnisse, 10. Bearb. 1929, 11.—12. Bearb. von Lehmann 1932, Erbrecht, 7. Bearb. 1928.

O. Fischer, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, 1887.

Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. I, 7. Aufl. 1896.

Jäckel-Güthes Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 6. Aufl. 1929.

E. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung Bd. I u. II, 6. u. 7. Aufl. 1931, 1936, Bd. II, 5. Aufl. 1914. — Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. 1932.

Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 2. Aufl. 1935.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung Bd. I u. II, neubearb. von Jonas, 15. Aufl. 1934.

Güthes Grundbuchordnung für das deutsche Reich Bd. II, 3. Aufl. 1929.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907.

Hennig, Das Reichserbhofrecht, 1935.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891. — Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 2. Aufl. 1903.

Mezger, Strafrecht, 1931.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929.

Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II, 2, herausg. von Strohal, 4. Aufl. 1928.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erl. von Reichsgerichtsräten Bd. I, II, III, V, 8. Aufl. 1934—1935, Bd. I u. II, 7. Aufl. 1929.

A. S. Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1880.

Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, 1. Abt. 1888. — Deutsches Konkursrecht, 1899.

Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl. 1928.

v. Staudinger, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse und Erbrecht, 9. Aufl. 1928, 1929.

Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl. bearb. von Juncker 1928.

Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses, 1888.

v. Völderndorff, Konkursordnung mit Erläuterung, 1879.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl. 1932.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I u. II, 9. Aufl. 1906.

2. Einzeldarstellungen.

Breit, Die Geschäftsfähigkeit, 1903.
Bansen, Die Parteien im Zivilprozeß, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (ZZP.) Bd. 17, 326 ff.
Dölle, Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen Staat, Schmollers Jahrbuch (Schmoll. Jhb.) Jhg. 57, 649 ff. — Aus fremden Rechten, Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch.) Bd. 68, 500.
O. Fischer, Recht und Rechtsschutz, 1889.
Fuchs, Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit der gesetzlichen Vertreter und der Prozeßlegitimation, Gruch. 38, 241 ff.
Hölder, Natürliche und juristische Personen, 1905.
Kiehl, Der Eintritt des sachlich Berechtigten in einen Prozeß, den ein anderer kraft der ihm zustehenden Verfügungsmacht geführt hat, ZZP. Bd. 30, 289 ff.
Klingmüller, Über den Begriff des Rechtsgrundes, 1901.
v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903.
Petersen, Beiträge zur juristischen Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse, ZZP. Bd. 9, 1 ff.
Quasthoff, Gedanken zum Konkursverfahren, Juristische Wochenschrift (JW.) 1935, 1668.
v. Rheinbaben, Art. „Amt" im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 1911.
Riehl, Das System des deutschen Gläubigeranfechtungsrechts, Gruch. Bd. 53, 173 ff.
Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, 1919.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung Bd. I u. II, 1900.
A. Schultze, Über Gläubigeranfechtung und Verfügungsbeschränkungen des Schuldners nach deutschem Stadtrecht des Mittelalters, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. Bd. 41, 210 ff. (Ztschr. d. Savign. St.).
Stegemann, Die Parteien im Prozeß, ZZP. Bd. 17, 326 ff.

3. Gesetzesmaterialien, Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung und zu dem Entwurf eines Einführungsgesetzes. Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II, herausgegeben v. Mugdan, 1899.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.).
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruch.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Konkurs- und Treuhandwesen (Konk.Treuh.).

Das Recht (Recht).
Deutsches Recht (DeuR.).
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (ZAkDR.).

II. Für das ausländische Recht.

1. Allgemeine Darstellungen.

Dölle, Art. „Konkurs" im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht (1933—1936) Bd. V (RVHWB.).

Kunkel, Art. „Juristische Personen", das. Bd. IV.

Rohlfing, Art. „Hypothek", das. Bd. IV.

Wahl und Blomeyer, Art. „Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten", das. Art. V.

T. Léh, La Faillite dans le Droit Européen Continental. Paris 1932.

2. Gesetzestexte.

Code Civil, 31. Ed. 1931 — Code de Commerce, 1934 — Code de Procédure Civil, 30. Ed. 1933 (sämtlich Petite Collection Dalloz).

Código de Comericio, 18. Ed. — Código Penal, 14. Ed. (beide herausg. v. d. Revista de los Tribunales, Madrid).

Handelsgesetze des Erdballs. Deutsche Ausgabe, begründet von Borchardt, Bd. VII, Südeuropa.

3. Österreich.

Bartsch-Pollak, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungs- und deren Einführungsverordnung, 2. Aufl., 3. Aufl. (Lfr. 1 + 15), Wien und Leipzig 1927, 1936.

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. II, 1. Hälfte, 2. Aufl., Wien 1928.

Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 1, II, 2, III, IV, Wien 1933, 1934, 1932, 1935.

Kosmalla, Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters nach dem österreichischen Recht im Vergleich mit dem deutschen Recht, Bonner Diss. 1930.

Lehmann, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung, Wien 1916.

Neumann, Kommentar zu den österreichischen Zivilprozeßgesetzen Bd. II, IV. Aufl., Wien 1928.

Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigen Bereicherung, Festschrift der Universität Graz, Graz 1934.

Entscheidungen des östr. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, amtl. Sammlung, (S.Z.).

4. Schweiz.

Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911.

Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. II u. VI, Bern 1927, 1917.

C. Jaeger, Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1911.

Oser-Schönenberger, Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betr. die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 30. 3. 11. Bd. V, 1, 2. Aufl., Zürich 1929.

v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbb., Tübingen 1924.

Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts, amtliche Sammlung (BGE.).

5. England.

Eckstein, Das englische Konkursrecht, Berlin und Leipzig 1935.

A. Roper, Ringwood's Principles of Bankruptcy, 17. Ed., London 1936.

Schirrmeister-Prochownick, Das Bürgerliche Recht Englands, Kommentar, Bd. I, 1 + 2 u. II, Berlin 1906, 1910, 1929.

Williams, Law and Practice in Bankruptcy, 4. Ed., London 1932.

Die Zivilgesetze der Gegenwart, Sammlung europäischer und außereuropäischer Privatrechtsquellen, begründet von Heinsheimer, Bd. II (England), Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.

6. Frankreich.

Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, Bd. VI, 3. Ed., Paris 1920.

Garsonnet et Cézar-Bru, Traité Théorique et Pratique de Procédure Civile et Commerciale, Bd. IV, Paris 1914.

Josserand, Cours de Droit Civil Positif Français, Bd. II., Paris 1930.

Lacour et Bouteron, Précis de Droit Commercial, Bd. II, 3. Ed., Paris 1925.

Percerou, Des Faillites et des Banqueroutes et des Liquidations Judiciaires, 2. Ed., Bd. I u. II, Paris 1935, 1913.

Planiol-Ripert, Traité Pratique de Droit Civil Français, Bd. I, VI, VII, XII, Paris 1925, 1930, 1931, 1927.

Planiol, Traité Elémentaire de Droit Civil Positif Français, Bd. II, 5. Ed., Paris 1909.

Savatier, La Réforme de la Procédure de Faillite et de Liquidation Judiciaire par le Décret-Loi du 8 août 1935, Paris 1936.

Die Zivilgesetze der Gegenwart, Sammlung europäischer und außereuropäischer Privatrechtsquellen, begr. von Heinsheimer, Bd. I (Frankreich), 1932.

La Gazette du Palais (Gaz. Pal.).

7. Spanien.

De Benito, Al Servicio de nuestra Tradición Jurídica, la Doctrina Española de la Quiebra, Madrid 1930.

L. Benito, Manuel de Derecho Mercantil, 1. Ed., Bd. 3, Madrid 1929.

Colin y. Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil Bd. 3, Madrid 1924.

Manresa y Novarro, Commentarios al Código Civil Español Bd. 8, 12, 3., 4. Ed., Madrid 1918, 1931. — Derselbe, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil Bd. 3, 3. Ed., Madrid 1929.

v. Rauchhaupt, Geschichte der spanischen Gesetzesquellen von den Anfängen bis zur Gegenwart, Heidelberg 1923.

8. Italien.

Dölle, Die italienische Konkursnovelle v. 1. 8. 1930, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht (Ztschr. f. Int. Priv.R.), Jhg. 1932, S. 1 ff.

LEBENSLAUF.

Ich, FRIEDA SCHMIEDER, wurde am 20. Februar 1907 in Allenstein i. Ostpr. als Tochter des damaligen Regierungsrats beim Oberpräsidium Posen Dr. ADOLF SCHMIEDER und dessen Ehefrau FRIEDA geb. BERTHOLD geboren. Ich bin arisch und evangelisch. Ich erhielt zunächst in Posen Privatunterricht. Im Januar 1919 wurde ich in die 7. Klasse des Oberlyzeums in Osnabrück aufgenommen, bei dem ich am 5. März 1928 die Reifeprüfung bestand. Anschließend studierte ich je ein Semester in Heidelberg, Göttingen und Münster und die letzten 5 Semester in Bonn. Ich bestand die 1. juristische Staatsprüfung am 1. August 1932 vor dem Justizprüfungsamt in Düsseldorf. Den Vorbereitungsdienst begann ich in Melle i. H. und in Osnabrück. Da mein Vater, der in Osnabrück Regierungsvizepräsident war, wegen Erreichung der Altersgrenze in den Ruhestand trat und nach Wiesbaden verzog, wurde ich auf meinen Antrag im Frühjahr 1935 für den letzten Ausbildungsabschnitt an das Oberlandesgericht in Frankfurt a. M. übernommen. Ich bestand die große Staatsprüfung am 4. Januar 1936 vor der Prüfungsstelle Düsseldorf. — Am 17. März 1936 wurde ich von Herrn Professor Dr. Dölle, der mir das Thema der Dissertation zur Verfügung stellte, als Doktorandin angenommen. Ich bestand die Promotionsprüfung am 3. Februar 1937.